Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte
auf der Friedrich = Alexanders Universität
in Erlangen.

Fünf und zwanzigsten Theils erste Abtheilung.

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1 8 2 4.

Lib. XXIII. Tit. III.

De iure dotium.

Fortsetzung.

§. 1230.

Gegenstand der Dos. Ususfructus dotis causa datus. Dos omnium bonorum.

Ein nicht ungewöhnlicher Gegenstand der Dos ist auch der Nießbrauch eines Grundstücks [1]). Es lassen sich hier verschiedene Fälle gedenken. 1) Die Proprietät des Grundstücks, woran der Frau der *ususfructus* zusteht, gehört dem Manne. Da hier durch die Bestellung der dos das Nutznießungsrecht mit der Proprietät consolidirt wird; so hört die Servitut des ususfructus während der Ehe auf [2]). Der Mann benutzt

1) S. *Jos. Fernand. de* Retes Opusculor. Lib. I. Cap. 20. (in *Thes. Meerm.* Tom. VI. pag. 66. sqq.) *Christ. Henr.* Breuning Quaest. iur. controv. an ususfructus in dotem dari possit? *Lipsiae* 1771. Eiusd. Diss. Quid intersit inter fundum et usumfructum fundi in dotem datum? *Lips.* 1774.

2) §. 3. *I. de Usufr.*

nun das Grundstück als Eigenthümer, denn durch die Bestellung der dos hat er die vollkommene Proprietät erhalten. Wird aber die Ehe nachher getrennt, und zwar durch den Tod der Frau, so bleibt zwar der ususfructus unwiderruflich mit der Proprietät verbunden, und der Mann hat von der dos nun keinen weitern Vortheil, denn der ususfructus würde nun ohnedem an den Proprietar zurückgekehrt seyn, wenn er die Nutznießerin auch nicht geheyrathet hätte. Geschieht hingegen die Trennung durch divortium, so muß er der Frau den ususfructus restituiren, oder eigentlich, weil der vorige Nießbrauch, den sie dem Manne dotis causa überlassen hatte, durch Consolidation erloschen war, einen neuen constituiren, wie Tryphonin in der aus desselben libro 11. Disputationum genommenen *L. 78. pr. D. h. t.* diesen Fall entscheidet. Es heißt nämlich daselbst: Cum in fundo mariti habens mulier usumfructum, *dotis causa* eum marito dedit: quamvis ab ea ususfructus decesserit [3]), *maritus tamen non usumfructum* [4]) *habet*, sed suo fundo *quasi dominus* utitur, consecutus per dotem plenam fundi proprietatem, non separatam usufructu [5]): nec est, quod *non utendo* maritus amittat. Divortio autem facto, constituet in eodem fundo usumfructum mulieri [6]). Quod si in matrimonio decesserit uxor,

3) *Cod. Erl.* discesserit.

4) Nämlich als Servitut, quia nemini res sua servit. Der griechische Scholiast in den Basiliken Tom. IV. pag. 630. Sch. x. sagt: *ὁ ἀνὴρ οὐ μιμεῖται οὐσουφρουκτουάριον. Maritus non est instar usufructuarii.*

5) *Cod. Erl.* ab usufructu.

6) Der griechische Scholiast in den *Basilicis* Tom. IV. pag. 631. sagt; *ἀποκαθίστησι τῇ γυναικὶ τον οὐσου-*

nihil emolumenti ob dotem habere videtur maritus: quia etsi uxorem eam non duxisset, fructuariae morte finitus ususfructus ad proprietatem rediret: ideoque nec in funus confert mulieris. 2) Der Vater hat den *ususfructus*, der ihm an dem Grundstück seines Schwiegersohns zustand, für seine Tochter zum Heyrathsgute gegeben. Auch hier geschieht eine Consolidation nur mit dem Unterschiede, daß wenn die Ehe durch den Tod der Tochter getrennt worden, der Vater den Ususfructus zurückfordern kann, weil er, und nicht die verstorbene Tochter, der Usufructuar ist. Tryphonin hat auch diesen Fall. Er sagt in der angeführten Stelle §. 1. Plane si pater filiae nomine, qui *in fundo generi* usumfructum habebit [7]), dotis constituendae gratia eum dederit, et in matrimonio mortua fuerit: *habebit ex sua persona ususfructus petitionem*. 3) Die Frau hat dem Manne den *ususfructus* als Heyrathsgut an einem Grundstück constituirt, woran ihr die Proprietät zusteht. Hier erwirbt der Mann während der Ehe das Recht einer persönlichen Dienstbarkeit. Er zieht die Früchte, wie ein jeder anderer Usufructuar, und bestreitet davon die Lasten der Ehe. Hier kann aber auch der ususfructus durch Nichtgebrauch verloren gehen. Fällt hierdurch der Nießbrauch an die Frau, als Eigenthümerin des Grundstücks, zurück, so kann sie, nach getrennter Ehe, kein Heyrathsgut zurückfordern. Denn

φρούκτον ὁ ἀνὴρ ἐξ ὑπαρχῆς αὐτὸν συνιστῶν. i. e. *mulieri usumfructum restituit maritus, eum ex integro constituens.*

7) *Cod. Erl.* habebat.

non utendo amisit [10]) usumfructum, imputari non potest, ex quo ipsa lucrum habet: ideoque *indotata* erit. Quod si alienaverit uxor proprietatem, quae sine ullo mulieris emolumento plenior facta est, adhuc *dotata* est: quia dotis actione teneri debet maritus, qui, quando licuit usufructu uti, amisit eum *non utendo*: nam, si habere perseverasset usumfructum ad divortium [11]), commodo mulieris cederet eius restitutio: quia etsi non protinus ad ipsam transiret, tamen vel si [12]) *pretio* vel *beneficio*, sine incommodo mulieris, ad proprietatem revertetur [13]). Si autem usumfructum maritus non amiserit, morte mulieris non finitur ususfructus apud maritum [14]). Divortio autem facto, primo videamus, et in hac [15]), et in superiore specie [16]), an pro rata temporis eius anni

10) *Cod. Erl.* amiserit.

11) *Cod. Erl.* usque ad divortium.

12) In dem *Cod. Erl.* fehlt das si, es hat auch wirklich gar keinen Sinn.

13) *Cod. Erl.* reverteretur.

14) Der griechische Scholiast in den Basiliken Tom. IV. pag. 632. setzt hier zu Erläuterung hinzu: οὔτε γὰρ οὐσουφρουκτουάρια ἦν ἡ γυνὴ, ἀλλ' ὁ ταύτης ἀνὴρ: i. e. *neque enim mulier erat usufructuaria, sed maritus eius.*

15) *In hac*, nämlich in dem Falle, da der Ehemann den Nießbrauch nicht verloren hat.

16) *In superiore specie.* Dieß war der Fall, da der Ehemann den ususfructus durch Nichtgebrauch verlohren hat, das Eigenthum des Grundstücks aber bey der Frau verblieben ist.

dividantur fructus: quod probandum est [17]. Ipsius autem restitutio ita fiet, ut habenti mulieri fundum, usus fructus cedatur, et ita cum proprietate consolidetur. Sed etsi [18]) non sit fundi domina, nihilo minus competit dotis actio, ut dimittat a se maritus usumfructum: nam vel ex emto actione adhuc, ut usumfructum praestet, mulier tenetur, aut pretium eius consequi sperat, aut cuivis magis gratiam praestare [19]), quam relinquere apud inimicum [20]) ius *ad se* translatum [21]), licere ei civile est [22]).

17) Schol. c. l. ὅπερ μᾶλλον καὶ ἀποδέχεσθαι χρή. quod magis admittendum est.

18) *Cod. Erl.* hat si statt etsi. Auch der griechische Scholiast c. l. hat: εἰ δὲ μὴ ἔχει τὴν προπριεταρίαν ἡ γυνή.

19) Aus diesen Worten erklärt sich, wenn es oben hieß: tamen vel *pretio*, vel *beneficio*, sine incommodo mulieris, ad proprietatem reverteretur. Accursius erklärt zwar das *beneficio* so: collato ipsi mulieri a proprietario, ut ipsa sibi cedi faciat usumfructum. Allein daß dieses vielmehr von einem beneficio, a muliere conferendo, zu verstehen sey, lehren die letztern Worte deutlich. Man sehe Pothier Pandect. Iustinian. Tom. II. h. t. Nr. XLIV. not. a. pag. 27.

20) So nennt Tryphonin den geschiedenen Ehemann. *L.* 39. *D. de poenis.*

21) So liest auch *Cod. Erlang.* Der griechische Scholiast c. l. pag. 633. hat hingegen: τὸ μετενεχθὲν ὑπ' αὐτῆς δίκαιον, und fügt noch zur Erläuterung hinzu: τουτέστι τὸν οὐσούφρουκτον, ὃν λόγῳ προικὸς ἐπιδέδωκεν. i. e. *relinquere ius* A SE *translatum, hoc est, usumfructum, quem in dotem dedit.* Ganz diesem ge-

d) Die Frau hat das Grundstück, woran sie dem Mann den Nießbrauch zur *dos* constituirt hat, demselben während der Ehe verkauft. Wie nun, wenn die Ehe bey Lebzeiten der Ehegatten aufhört, was erhält sie hier zurück? Tryphonin unterscheidet, ob bey dem Verkaufe die bloße Proprietät geschätzt wurde, oder ob der Fundus dem Manne um den Preis verkauft worden ist, den das Grundstück, ohne Abzug des Nießbrauchs, werth ist. In dem ersten Falle kann die Frau den Werth des Usus fructus zurückfordern. Wäre jedoch der Mann noch vor entstandenem Prozesse gestorben; so sind desselben Erben der Frau zu nichts weiter verbunden, weil nun der Nießbrauch wieder mit der Proprietät vereiniget wird. In dem letztern Falle hingegen hat die Frau mit dem ganzen Werth des Grundstücks auch ihr Heyrathsgut schon während der Ehe zurückerhalten. Sie kann also nach getrennter Ehe nichts weiter verlangen. Die Worte Tryphonins §. 3. lauten folgendermassen. Uxor viro usumfructum dotis nomine dedit, manente matrimonio eidem fundum vendidit. Quaesitum est, divortio facto, quid dotis iudicio reciperare debeat? Dixi, referre, quanti fundus venisset. Nam si nudae proprietatis aestimatio facta fuisset, mulier dotis iudicio pretium usus fructus reciperare debet. Quid ergo est, si vir ante litem contestatam mortuus fuisset? heredes eius nihil praestituros: nam etsi quilibet alius emtor proprieta-

... müß lesen Haloander und *Lud.* Miraeus (*Paris* 1552. 8.) ius *a se* translatum, welcher Leseart auch *Jo. Guil.* Hoffmann in Meletemat. s. Observation. var. ad Pand. Diss. XXI. §. 4. in fin. den Vorzug giebt.

22) *Schol.* c. l. προσῆκόν ἐστιν, *rationi consentaneum est.*

tis exstitisset, heres viri nihil mulieri praestaret: scilicet usufructu reverso ad proprietatem. Ceterum si fundus totus venisset, quanti debet venire, non detracto usufructu, intelligi mulierem dotem, manente matrimonio, recepisse.

5) Ein Dritter hat den Nießbrauch von seinem Grundstück dem Mann zur *dos* für die Frau constituirt. Dieser Fall stimmt mit dem vorigen darin überein, daß auch hier der Ehemann der Usufructuar ist, und also der usus fructus selbst, und nicht erst die davon zu ziehenden Früchte, den Gegenstand der dos bilden [23]. Der Nießbrauch endiget sich also eigentlich erst mit seinem Tode. Wird aber die Ehe durch divortium getrennt, so waren die römischen Rechtsgelehrten wegen der Restitution des Ususfructus in Verlegenheit. Denn die geschiedene Frau ist hier als eine extranea anzusehen, weil ihr die Proprietät des Grundstücks nicht gehört. Hätte also der Ehemann den Nießbrauch ihr cediren wollen, so wäre die Handlung nichtig gewesen. Um dieser Schwierigkeit abzuhelfen, gaben Einige, denen Pomponius [24] Beyfall giebt, den Rath, der geschiedene Mann solle der Frau den Nießbrauch zum Schein verpachten, oder nummo uno verkaufen. Auf solche Art verbleibe das Recht selbst dem

23) *L.* 7. §. 2. *D. h. t.* Ulpianus. Si ususfructus in dotem datus sit, videamus, utrum fructus reddendi sunt, nec ne? Et Celsus lib. 10. *Digestorum* ait, interesse, quid acti sit: et nisi appareat aliud actum, putare se, *ius ipsum* in dote esse, non etiam fructus, qui percipiuntur.

24) *L.* 66. *D. h. t.* Diese Stelle ist schon an einem andern Orte, Th. 9. §. 634. S. 226. ff. erklärt worden.

Manne, und die Frau genieße, so lange jener lebt, die Früchte. **Marcellus** hingegen schlägt ein anderes Mittel vor, nämlich der Mann solle der Frau Caution leisten, daß er ihr und ihren Erben, so lang er lebt, den Genuß der Früchte gestatten wolle; oder er könne auch den Ususfructus dem Proprietar cediren, damit dieser solchen der Frau aufs neue constituire, oder sie sonst dafür entschädige, so wie es nämlich unter ihnen verabredet worden ist [25]).

Endlich 6) **die Frau hat den** *usus fructus*, **der ihr an einem fremden Grundstück war constituirt worden, dem Mann zum Heyrathsgute überlassen.** Hier ist und bleibt die Frau die usufructuaria, und der Mann hat blos die Ausübung ihres Nutznießungsrechts, welche nach getrennter Ehe wieder an die Frau zurückfällt, wenn sie noch lebt [26]).

Die Frau kann auch ihr ganzes Vermögen dem Manne zum Heyrathsgute überlassen. Daß dieses überhaupt keinem Zweifel unterworfen sey, rescribirt der Kaiser **Alexander** *L.* 4 *C. h. t.* wo er sagt: Nulla lege prohibitum est, *universa bona* in dotem marito feminam dare [27]). Von einem solchen Falle handelt

25) *L.* 57. *D. Soluto matrim.* Auch diese Stelle ist schon Th. 9. §. 634. Not. 49. S. 228. f. erläutert worden. Man füge noch die Scholia Basilικῶν Tom. IV. pag. 405. sq. bey.

26) *L.* 7. §. 2. *D. h. t.* S. **Schweppe** röm. Privatrecht. §. 691.

27) Es muß nur kein Betrug dabey vorgegangen seyn. Sonst kann dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht werden, wie eben dieser K. **Alexander** rescribirt: *L. un. C. Si adv. dotem.* (II. 54.) Add. *L.* 9. §. 1. *D. de minorib. XXV. annis.*

insonderheit Paulus *libro VIII. Responsorum*[28]. Mulier, sagt er, *bona sua omnia* in dotem dedit. Quaero, an maritus, quasi heres, oneribus[29] respondere cogatur? PAULUS respondit, eum quidem, qui tota ex repromissione dotis bona mulieris retinuit, a creditoribus[30] conveniri eius non posse: *sed non plus esse in promissione bonorum, quam quod superest, deducto aere alieno.* Paulus entscheidet hier die Frage, wie es mit den Schulden der Frau zu halten sey, wenn die Frau ihr ganzes Vermögen zur dos hingegeben hat. Mit Recht sagt er, der Ehemann könne von den Gläubigern der Frau nicht belangt werden. Zwar ist hier der Gegenstand der dos ohne Zweifel eine Universitas, alles, was zu dem Vermögen der Frau gehört, ist hier in und mit dem Ganzen dem Heyrathsgute unterworfen[31]. Allein deswegen ist hier noch keine Successio per universitatem anzunehmen, wie bey einer Erbschaft, vielmehr kann eine solche Uebertragung des ganzen Vermögens mit Singular-Succession recht wohl bestehen[32]. Unser Fragment beweist dieses deutlich, wo der maritus, dem die Frau ihr ganzes Vermögen zur dos übergeben hatte, dem heres, als Universalsuccessor betrachtet, entgegengesetzt wird. Mit

28) *L. 72. D. de iure dot.*

29) *C. E.* omnibus oneribus hereditariis.

30) *C. E.* creditoribus eius.

31) *L. 208. D. de Verb. Signif.*

32) S. den Aufsatz des Hrn. Prof. Hasse über Universitas iuris und rerum; in dem Archiv für die civilist. Praxis, herausg. von C. v. Löhr, Mittermaier und Thibaut. 5. B. Nr. I. S. 26. u. S. 54.

Recht sagt daher Ulpian *libro XXXI. ad Sabinum* [33]), in Beziehung auf den Titulus pro dote: Et nihil refert, *singulae res*, an pariter *universae* in dotem darentur. Denn in dem einem Falle, wie in dem andern, ist der Titulus dotis nur ein titulus singularis. Der Ehemann konnte also in unserm Falle nicht als Erbe seiner Frau betrachtet werden, welches schon darum widersinnig gewesen wäre, quia hereditas eius, qui vivit, nulla est, wie Pomponius *libro IX. ad Sabinum* [34]) sagt. Es war mithin auch kein rechtlicher Grund vorhanden, aus welchem er von den Gläubigern der Frau hätte belangt werden können. Der Mann ist ja nicht einmal, so wenig als sein Erbe, verbunden, die auf der dos lastende Hypothek zu tilgen [35]). Zwar möchte man einwenden, die Gläubiger könnten vielleicht gegen den Mann actione Pauliana klagen. Denn auch die Bestellung eines Heyrathsgutes darf nicht in fraudem creditorum geschehen [36]). Allein diese Klage setzt voraus, daß der Ehemann an dem Betruge seiner Frau Antheil genommen. Sie findet also auch gegen ihn nicht Statt, wenn er um die betrügerische Absicht seiner Frau nicht wußte [37]). Wer sollte aber glauben, daß der Mann eine verschuldete Frau

33) *L.* 1. §. 1. *D. pro dote.*

34) *L.* 1. *D. de hered. vel act vend.* Nur dann kann Dos zur Universalsuccession gehören, wenn der Mann sie nach dem Tode der Frau behält, und sie die ganze Erbschaft der Frau ausmacht. *L.* 1. §. 1. *D. de fundo dotali.* Sonst nicht. *L.* 27. *C. de iure dot.*

35) *L.* 15. *D. de dote praeleg.*

36) *L.* 19. §. 14. *D. Quae in fraud. creditor.*

37) *L.* 6. §. 8. *L.* 10. §. 2. et 4. und *L.* 25. §. 1. *D. eodem.*

wissentlich habe heyrathen mögen? Die Gläubiger können also nur gegen die Frau klagen. Weil aber doch reines Vermögen (bona) nur dasjenige genennt werden kann, was nach Abzug der Schulden übrig ist, wie Paulus in unserm Fragment selbst sagt[38]; so kann die Frau soviel, als zur Bezahlung ihrer Schulden nöthig ist, von dem Manne zurückfordern, ja die Gläubiger können auch, wenn die Frau zur Bezahlung verurtheilt worden, Einweisung in ihr Vermögen erhalten[39].

§. 1250. b.

Dos aestimata et inaestimata.

Nicht selten werden die Dotalgüter einer Ehefrau in den Ehepacten zu einem gewissen Preise angeschlagen, (dos aestimata)[40]. Hier lassen sich zwey Fälle gedenken. Die Absicht der Partheyen geht entweder dahin, daß die dos dem Ehemanne für den bestimmten Preis käuflich überlassen seyn solle; (aestimatio venditionis causa facta) oder es soll durch die Taxe blos der jetzige wahre Werth des Heyrathsgutes ausgemittelt werden, damit bey der künftigen Restitution über den Betrag desselben kein Streit entstehen möge, (aestimatio taxationis causa

38) Man sehe auch *L.* 39. §. 1. *D. de Verb. Signif.* und *L.* 2. §. 1. *D. de collat.*

39) S. *Scholia Basilicorum* Tom. IV. pag. 633. sqq. und *Christ. Lud.* Crell Diss. de aere alieno uxoris vivae ex dote omnium bonorum exsolvendo. *Vitemb.* 1745. §. 7.

40) S. *Scip.* gentilis Tr. de aestimatione rerum in dotem datarum. Adject. Eiusdem libro de bonis maternis. *Hanoviae* 1606. 8.

facta). Zwischen beyden Fällen findet folgender wichtiger Unterschied Statt.

I. Bey der aestimatio venditionis causa facta haftet der Mann nur für den geschätzten Werth des Heyrathsgutes. Denn darin besteht jetzt die dos der Frau. Das Eigenthum der Güter selbst ist durch die Uebergabe auf den Ehemann in seinem ganzen Umfange übergegangen. Die Frau hat nun keinen weitern Anspruch an den dem Ehemanne käuflich überlassenen Dotalsachen, der Mann ist blos Schuldner der angesetzten Kaufsumme, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 69. §. 8. *D. h. t.* PAPINIANUS *libro IV. Responsorum.* In dotem rebus *aestimatis* et *traditis*, quamvis eas mulier in usu habeat, *viri dominium factum* videretur[41]).

L. 5. *Cod. h. t.* Imp. ALEXANDER. Quotiens *res aestimatae* in dotem dantur, maritus dominium consecutus, *summae velut pretii debitor efficitur.* Si itaque non convenit, ut soluto matrimonio restituerentur, et iure aestimatae sunt: *retinebit eas, si pecuniam tibi offerat.*

L. 10. *Cod. eodem.* Impp. DIOCLET. et MAXIM. Cum *dotem* te *aestimatam* accepisse profitearis: apparet iure communi per pactum, quod doti insertum est, formato contractu, *ex emto actionem esse.* Quis enim dubitet, *aestimationem a te mulieri deberi*, cum periculo tuo res deteriores fiant, vel augmenta lucro tuo recipiantur.

41) *Cod. Erl.* videtur. Eben so Haloander, Chevallonius, Miräus, Baudoza und Merlinus.

Nur in dem Falle bleibt der Frau das Vindicationsrecht, wenn sie nach getrennter Ehe wegen der Aestimation nicht befriediget wird. In diesem Falle ist es gleichviel, die Dotalgüter der Frau mögen geschätzt seyn, oder nicht, weil der ganze Zweck der Justinianeischen Legislation dahin geht, die Frau wegen ihrer dos auf alle mögliche Art sicher zu stellen [42]). Daher genießt denn auch die Frau wegen der ihr gebührenden Kaufsumme ohne allen Zweifel die Rechte einer privilegirten Hypothek. Unter dieser Voraussetzung künftiger Befriedigung kann dann auch 1) der Mann die ihm käuflich überlassenen Dotalgüter der Frau veräussern, und darüber nach Gefallen disponiren [43]). 2) Die volle Gefahr geht auf den Mann über, so wie sie bey jedem andern Kaufe auf den emtor übergegangen wäre [44]). Er muß daher alle Unglücksfälle tragen, und bleibt Schuldner der Kaufsumme, wenn gleich die zum Heyrathsgute gegebenen Sachen noch vor der Uebergabe zu Grunde gehen sollten [45]). Auch hier trifft den Mann

42) *L.* 30. *Cod. h. t.* Voet Comm. ad Pand. T. II. Lib. XXIII. Tit. 3. §. 19.

43) *L.* 11. *D. de fundo dot. L.* 6. *Cod. de usufr. L. un.* §. 15. *Cod. de rei uxor act.*

44) *L.* 10. *pr. D. h. t.* Ulpianus *libr.* 34. *ad Sabinum.* Plerumque interest viri, res non esse aestimatas, idcirco, *ne periculum rerum ad eum pertineat:* — *L. un.* §. 9. *in fin. Cod. de rei uxor. act.* Aestimatarum rerum maritus, *quasi emtor*, et commodum sentiat, et dispendium subeat, *et periculum exspectet.* Add. *L.* 10. *Cod. de iure dot.* Voet Comment. ad Pand. Tom. II. Lib. XXIII. Tit. 5. §. 3. und Joh. Christ. Hasse die Culpa des röm. Rechts. Cap. XII. Nr. IX. S. 555. ff.

45) *L.* 8. *pr. D. de periculo et commodo rei vend.*

die Gefahr, wie jeden extraneus emtor, wenn nur die Frau nicht in mora, noch sonst an dem Untergange Schuld war [46]. Denn diese Art von Schätzung wird wie ein Kauf angesehen [47]. Der Käufer aber trägt die Gefahr von dem Augenblick an, da der Kauf zur Richtigkeit gekommen ist [48]. Die Schätzung der Dotalsachen venditionis causa verpflichtet sogar den Mann alsdann noch zum Ersatz des bestimmten Werths, wenn sie der Frau zum Gebrauche überlassen worden, und sie durch diesen Gebrauch verdorben sind [49]. Denn für die Bedürfnisse seiner Frau hat der Mann ohnehin zu sorgen. 3) Von Zeit der geschehenen Schätzung an zieht dagegen der Mann alle Früchte und Vortheile der Dotalsachen ohne Einschränkung, und die Vermehrung derselben ist blos ein Gewinn

46) *L.* 14. *D. h. t.* Si rem aestimatam mulier in dotem dederit, deinde ea *moram faciente in traditione*, in rerum natura esse desierit, actionem eam habere non puto. — *L.* 15. *D. eodem.* Quod si per eam non stetisset, perinde pretium aufert, *ac si tradidisset*, quia, quod evenit, *emtoris periculo* est.

47) *L.* 10. §. 5. *D. de iure dot.* Aestimatio dotis venditio est.

48) S. Pothier Pand. Justin. Tom. II. Lib. XXIV. Tit. 3. Nr. LXX. not. f.

49) *L.* 10. *pr. D. h. t.* Ulpianus: Eveniet enim, si aestimata sint, et ea mulier attrivit, ut nihilo minus maritus aestimationem eorum praestet. *L.* 53. §. 1. *D. de donat. inter vir. et uxor.* Papinianus: Res in dotem aestimatas, consentiente viro, mulier in usu habuit: usu deteriores si fiant, damni compensatio non admittitur. *L.* 51. *D. Soluto matrim.* Hermogenianus: Aestimatae res, usu etiam mulieris, *periculo mariti* deteriores efficiuntur. S. *Jos.* Finestres Hermogenian. ad L. 51. cit. §. 6. pag. 525.

für ihn [50]. 4) Als Käufer kann der Mann auch Evictionsleistung verlangen [51]. Was dann derselbe der Entwährung wegen von der Frau erhalten hat, muß er dereinst als Heyrathsgut zurückgeben, wenn es auch den doppelten Werth betragen sollte. Denn mehr als seine Entschädigung kann der Mann nicht verlangen, gewinnen darf er dabey nichts; er darf sich also mit dem Schaden seiner Frau nicht bereichern [52]. Daher denn nun das duplum, was ihm die Frau bezahlen mußte, die Dos ausmacht [53]. Dahingegen kann er aber auch die Frau mit der exceptio doli zurückweisen, wenn sie nach getrennter Ehe auf die Restitution des Werths klagt, und der Ehemann wegen der Entwährung gleichwohl nicht entschädiget worden ist. Ob sie dann das Heyrathsgut selbst gegeben hat, oder ein Anderer, darauf kommt nichts an, und wäre es auch der Vater selbst gewesen, der das Heyrathsgut gegeben hat. Denn auch der dolus patris schadet ihr, wenn sie gleich desselben Erbin nicht geworden ist, weil

50) *L.* 18. *D. h. t. L. un.* §. 9. *in fin. Cod. de rei uxor. act.*

51) *L.* 16. *D. h. t. L.* 1. *Cod. eodem.* S. den 22. Th. dieses Commentars §. 1117. S. 205. f.

52) *L.* 16. *D. h. t.* ULPIANUS *libro XXXIV. ad Sabinum.* Quotiens res aestimata in dotem datur, evicta ea, virum *ex empto* contra uxorem agere: et quidquid eo nomine fuerit consecutus, *dotis actione*, soluto matrimonio, ei praestare oportet: quare et si *duplum* forte ad virum pervenerit, id quoque ad mulierem redigetur. Quae sententia habet aequitatem: quia non simplex venditio sit, sed dotis causa, *nec debeat maritus lucrari ex damno mulieris*, sufficit enim maritum indemnem praestari, non etiam lucrum sentire.

53) *L.* 52. *D. h. t.*

es unbillig seyn würde, wenn der Mann den Werth eines Grundstücks ersetzen sollte, welches er wegen der geschehenen Entwährung nicht behalten konnte [54]. Endlich ist hier nicht zu übersehen, daß wenn diese rechtlichen Folgen eintreten sollen, die Ehe wirklich erfolgt seyn müsse. Ist daher die Schätzung vor der Ehe geschehen, so ist sie gleichsam nur als ein bedingter Kauf anzusehen, dessen Vollkommenheit ganz allein von der künftigen Vollziehung der Ehe abhängt, wenn auch die geschätzten Dotalsachen dem Bräutigam schon übergeben worden sind [55]. Erfolgt nun die Ehe nicht, so bleibt die geschehene Schätzung ohne Wirkung [56]. Es kann daher nur die dem Bräutigam übergebene Sache zurückgefordert werden, nicht aber deren Werth [57]; und ist die Sache unterdessen zu Grunde ge-

54) *L.* 49. §. 1. *D. Soluto matrim.* Paulus *Lib. VII. Responsorum.* Fundus aestimatus in dotem datus, a creditore antecedente ex causa pignoris ablatus est. Quaesitum est, an mulier, si aestimationem dotis repetat, exceptione summovenda sit: ait enim, se propterea non teneri, quod pater eius dotem pro se dedit, cui heres non exstiterit? Paulus respondit, praedio evicto sine dolo et culpa viri, pretium petenti mulieri *doli mali exceptionem* obesse: consequi enim eam pretium fundi evicti, evidens iniquitas est, *cum dolus patris ipsi nocere debeat.*

55) *L.* 10. §. 4. *D. h. t.* Ulp. Si *ante matrimonium* aestimatae res dotales sunt, haec aestimatio quasi sub conditione est: namque hanc habet conditionem, si matrimonium fuerit secutum: secutis igitur nuptiis, *aestimatio rerum perficitur, et fit vera venditio.* S. auch *L.* 8. *pr. D. de peric. et comm. rei vend.*

56) *L.* 17. §. 1. *D. h. t.*

57) *L.* 17. §. 1. *cit.* Paulus *libro VII. ad Sabinum.* Si re aestimata data, nuptiae secutae non sint, videndum

gangen; so kommt es darauf an, ob der Bräutigam den Untergang derselben verschuldet hat, oder nicht. Denn der Bräutigam muß nicht nur dolum et culpam prästiren, sondern auch diligentiam; weil die Beschränkung auf den ihm in seinen eigenen Sachen sonst gewöhnlichen Fleiß hier, wo das eheliche Verhältniß noch nicht Statt fand, keinen Grund hat [58]. Gieng nun die Sache noch vor der Ehe ohne Schuld des Bräutigams zu Grunde, so wird der Kauf als unerfüllt angesehen, und die Braut trägt den Schaden [59]. Dieses Verhältniß bleibt, wenn auch die Ehe nachher erfolgte, nämlich wenn schon vorher die Sache ohne des Mannes Schuld zu Grunde gegangen war. Eine bloße Deterioration der Sache, wenn nur dieselbe noch zur Zeit der vollzogenen Ehe selbst vorhanden ist, schadet jedoch allein dem Manne [60]. Bis dahin standen also die Gesetze von der aestimatio dotis mit den gemeinen Grundsätzen vom Kaufe, besonders mit denen, wovon in dem Titel de periculo et commodo rei

est, quid repeti debeat: utrum res, an aestimatio? *Sed id agi videtur, ut ita demum aestimatio rata sit, si nuptiae sequantur:* quia nec alia causa contrahendi fuerit: RES *igitur repeti debeat, non pretium.*

58) S. Hasse die Culpa des Röm. Rechts. S. 55 f.

59) *L.* 10. §. 5. *D. h. t.* Ulp. Inde quaeri potest, si ante nuptias mancipia aestimata deperierint, an mulieris damnum sit? Et hoc consequens est dicere: nam cum sit conditionalis venditio, pendente autem conditione mors contingens extinguat venditionem, consequens est dicere, *mulieri perisse: quia nondum erat impleta venditio:* quia aestimatio venditio est.

60) *L.* 8. *pr. D. de peric. et comm. rei. vend.* S. Voet Comm. ad Pand. Tom. II. Lib. XXIV. Tit. 3. §. 20.

verändern, die Mode ihn in vollkommenen Einklange. Allein darin zeigt sich ein wichtiger Unterschied, daß wenn beym gewöhnlichen Kaufe die Natur desselben es mit sich bringt, daß ein Jeder zu gewinnen sucht, und daher nur eine Verletzung über die Hälfte in Betrachtung kommt, bey der Schätzung des Heyrathsgutes durchaus kein Theil übervortheilt werden darf, die Verletzung sey von welcher Art sie wolle [61]. Beschwert sich also die Frau, daß ihr Heyrathsgut zu gering geschätzt worden sey, so muß der Mann entweder den wahren Werth bezahlen, oder die Sache selbst restituiren. Nur wenn die Sache ohne des Mannes Schuld zu Grunde gegangen ist, muß die Frau mit dem angesetzten Preise zufrieden seyn, weil sie ohne Aestimation den Verlust allein hätte tragen müssen; es muß nur der Mann sich keines Dolus schuldig gemacht haben, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

L. 12. §. 1. *D. h. t.* ULPIANUS *libro* XXXIV. *ad Sabinum.* Si mulier se dicat circumventam minoris rem aestimasse, utputa servum: si quidem circumventa est [62], quod servum dedit, non tantum in hoc, quod minoris aestimavit: in eo acturam [63], ut servus sibi restituetur [64]: enim-

61) S. *Jac.* CUJACIUS Observation. Lib. XVII. cap. 1.

62) *Cod. Erl.* si quidem *circumventa* est in hoc. Eben so *Claud.* CHEVALLON. MIRAEUS, HALOAND., BAUDOZA und MERLINUS. Man sehe jedoch die Note von Bynkershök in dem Götting. Corp. iur. civ.

63) *Cod. Erl.* sed etiam in eo acturam. Eben so BAUDOZA. *Claud.* CHEVALLONIUS und *Gull.* MERLINUS: sed etiam in id acturam. HALOANDER und MIRAEUS lesen in hoc actura est. Die florentinische Lesart verdient aber ohne Zweifel den Vorzug, mit welcher auch die *Basi-*

vero, si in aestimationis modo circumventa est, erit arbitrium mariti[65]), utrum iustam aestimationem, an potius servum praestet. Et haec[66]), si servus vivit[67]): quod si decessit[68]), MARCELLUS ait, magis aestimationem praestandam: sed non iustam, sed eam, quae facta est: quia boni consulere mulier debet[69]), quod fuit aestimatus.

lica Tom. IV. pag. 610. und der griechische Scholiast in seiner Paraphrase Sch. r. pag. 562. übereinstimmen.

64) *Cod. Erl.* restitueretur. Alle übrige in der vorigen Note angeführten Ausgaben lesen *restituatur*. Der griech. Scholiast sagt ἀποκαταστῆναι: und fügt den Grund hinzu: *quoniam invita servum dedit.*

65) *C. E.* erit in arbitrio mariti. Alle übrige Ausgaben stimmen mit der florentinischen überein.

66) *C. E.* et hoc.

67) *C. E.* vivat.

68) *C. E.* decesserit.

69) *Cod. Erl.* quia in hoc mulieri consulere debet. *Claud.* CHEVALLONIUS: quia in hoc boni viri arbitrium consulere mulieri debet. Die übrigen Ausgaben lesen, wie die florentinische, und diese Leseart verdient ohne Zweifel den Vorzug. Der griechische Scholiast in *Basilic.* Tom. IV. pag. 562. erklärt die, von der Glosse ganz missverstandene Redensart *boni consulere*, auf folgende Art; ἐπειδὰν καὶ ὁμολογεῖν ἡ γυνὴ χάριτας ὀφείλει τῇ τύχῃ, ὅτι διατετιμημένον ἐπιδέδωκε τὸν οἰκέτην: *quia fateri debet se fortunae gratias debere, quod servum aestimatum dederit.* BONI CONSULERE DEBET, heißt also hier soviel als sie hat von Glück zu sagen, sie muß es dem Glücke Dank wissen, es ist ihr Glück, sie kann zufrieden seyn, daß der Sclave geschätzt worden ist.

Ceterum [70]) si simpliciter dedisset, procul dubio periculo eius moreretur, non mariti. Idemque et in minore circumventa MARCELLUS probat. Plane si emtorem habuit mulier iusti pretii, tunc dicendum, iustam aestimationem praestandam: idque dumtaxat uxori minori annis praestandum MARCELLUS scribit. SCAEVOLA autem in marito notat, si dolus eius adfuit, iustam aestimationem praestandam: et puto verius, quod SCAEVOLA ait [71]).

Beschwert sich hingegen der Mann, daß er durch den angesetzten Preis des Dotalguts verkürzt sey, die Verkürzung sey mäßig, oder unmäßig, so braucht er, wenn seine Beschwerde gegründet befunden wird, mehr nicht als iustum pretium zu restituiren, wie aus folgender Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian zu ersehen ist.

L. 6. Cod. Soluto matrim. Si circumscripta matre vestra, viliore pretio dotales res aestimatae sunt: quid super huiusmodi contractuum vitio

70) *Ceterum* ist hier soviel, als alioquin.

71) Ulpian fügt hier zwey Ausnahmen hinzu, wo auch bey dem Untergange der Sache der wahre Werth bezahlt werden muß, nämlich 1) wenn die Frau den Sclaven um den wahren Werth hätte verkaufen können, und 2) wenn sich der Mann eines Dolus schuldig gemacht hat, jedoch macht er den Unterschied, daß die erste nur bey einer minderjährigen Ehefrau, die zweyte aber in jedem Falle eintritt, die Frau sey noch minderjährig, oder großjährig. S. POTHIER Pand. Justin. Tom. II. Lib. XXIV. Tit. 3. Nr. LVII. pag. 68. und *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. VII. cap. 6. pag. 177.

statutum sit, vulgo patet. Proinde si dolosis artibus mariti circumventam matrem vestram, inque ea aestimatione circumscriptam apud Praesidem provinciae evidentibus probationibus ostenderitis: quando vobis possidentibus ad obtinenda praedia etiam doli mali exceptionis potestas opituletur: sciet, quatenus religionem iudicationis suae temperare debeat. *Sin autem etiam maritus in aestimatione gravatum se alleget; veritate examinata, non amplius quam pretium iustum restituere compelletur.* Haec tum locum habent, cum res in natura sunt: si tamen extinctae sint, pretium, quod dotali instrumento inditum est, considerabitur.

II) Ist die aestimatio blos *taxationis causa* geschehen, so hat diese nur zum Zweck, den wahren Werth des Heyrathsguts zu bestimmen, und hierdurch der Frau bey der künftigen Zurückforderung deßelben den Beweis zu erleichtern, wenn das Heyrathsgut durch die Schuld des Mannes zu Grunde gegangen, oder deteriorirt seyn sollte. Hier ist also nicht das pretium, sondern die zum Heyrathsgute gegebene Sache selbst in dote, und diese muß daher nach getrennter Ehe mit den inzwischen dazu gekommenen Accessionen in Natur zurückgegeben werden. Papinian sagt *libro IV. Responsorum*[72]): Cum res in dotem *aestimatas* soluto matrimonio reddi placuit, *summa declaratur*, non *venditio* contrahitur. Hieher gehört auch, wenn die Kaiser Sever und Antonin

72) *L.* 69. §. 7. *D. h. t.* S. Cujacius Comment. in libr. IV. Responsor. Papiniani ad h. L. (*Oper.* Tom. I. pag. 165 sq.)

rescribiren [73]): Dubium non est, post aestimationem dotis, pactione vel stipulatione interposita, *ut si ipsae res dissoluto matrimonio extarent, uxori reddantur:* et ancillas *cum partu* ex stipulatu iudicio restitui oportere. Zuweilen kann aber auch hier der Mann debitor quantitatis werden. Ein solches Verhältniß wird durch Eviction und dupli praestatio hervorgebracht, wenn nämlich die Frau auf den Evictionsfall das duplum versprochen hat. Hier kann es geschehen, daß, wenn der Evictionsfall eintritt, nun eine quantitas in dote ist. So lehrt Marcian *libro* 3. *Regularum* [74]), wo er sagt: Non solum si *aestimatus fundus*, sed etiam si *non aestimatus* in dotem datus est, et alias, cum necesse non habeat mulier duplum promittere, promisit: *quia ipse fundus est in dote*, quodcunque propter eum consecutus fuerit a muliere maritus, quandoque restituet mulieri de dote agenti. Ausserdem ist der Ehemann hier nur als ein debitor speciei anzusehen. Daher trägt die Frau den Zufall, insofern der Mann dabey außer Schuld ist. Der Mann gewinnt hier blos die Nutzungen und Früchte, um die Lasten der Ehe davon zu bestreiten. Also sind es nur die Früchte, welche auf seine Gefahr stehen, und nur diese kann ihm der unverschuldete Untergang der Sache entziehen. Da er jedoch in Ansehung der Sache selbst nicht blos dolum, sondern auch culpam prästiren muß, sofern er es an der diligentia, quam in suis rebus exhibet, ermangeln ließ [75]), so tritt nur dann, wenn er durch eine

73) *L.* 1. *Cod. soluto matrimonio.*

74) *L.* 52. *D. de iure dot.*

75) *L.* 17. *pr. D. de iure dot.*

verantwortliche Schuld den Zufall, wodurch die Sache zu Grunde gieng, oder verletzt wurde, herbeygeführt hat, auf seiner Seite die Verpflichtung ein, nach Maasgebung des verabredeten Werths den Schaden zu ersetzen. Alles dieses setzt ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian [76]) ausser Zweifel, welches folgendermassen lautet: Si inter virum et uxorem pactum sit interpositum, *ut si matrimonium intra quinquennii forte tempora quoquo modo esset dissolutum, species aestimatae dati datae, pretiis, quibus aestimatae sunt, redderentur:* manifestum est, non pretia specierum dari, sed *ipsas species* debere restitui: *cum in placitis specierum reddendarum idcirco pretiorum nomen videatur annexum, ne, si species aliqua deminuta fuisset aut perdita, alio pretio, quam quo taxata fuerat, reposceretur.* Dagegen haftet die Frau auch nicht für Eviction, wenn sie nicht entweder die Evictionsleistung ausdrücklich versprochen hatte, oder bey der Bestellung der Brautgabe arglistig verfuhr, oder die Dos vermöge eines vorhergegangenen Versprechens zu geben schuldig war [77]). Ueberhaupt gilt bey dieser Art der Schätzung, in Absicht auf die Rechte des Mannes, eben dasjenige, was Rechtens ist, wenn gar keine Schätzung des Heyrathsgutes geschehen wäre [78]).

76) *L.* 21. *Cod. h. t.* Man sehe Pothier Pand. Iustin. Tom. II. Lib. XXIV. Tit. 3. Nr. LVIII. not. f.

77) *L.* 69. §. 7. *D. h. t. L.* 1. *Cod. eodem.* S. den 20. Th. dieses Commentars §. 1117. S. 198. ff. u. S. 206. ff. Anderer Meinung ist Thibaut in den civilist. Abhandlungen. Nr. IV. S. 57. ff.

78) *L.* 10. *pr. et* §. 1. *D. h. t.* S. Hasse Culpa des röm. Rechts. 12. Kap. S. 591. ff.

Es können jedoch bey dieser Art der Schätzung mancherley Verabredungen Statt finden. So kann Erstens verabredet werden, daß nach Trennung der Ehe entweder das Heyrathsgut zurückgegeben, oder der taxirte Werth bezahlt werden solle. Hier hat, wenn wegen der Wahl keine besondere Verabredung getroffen worden ist, nach der Regel, die bey alternativen Verbindlichkeiten gilt [79]), im Zweifel der Ehemann die Wahl. Er muß aber auch, nach der Natur einer alternativen Verbindlichkeit, den taxirten Werth schlechterdings ersetzen, wenn die dos zur Zeit der getrennten Ehe nicht mehr in Natur vorhanden seyn sollte, gesetzt auch, daß sie ohne seine Schuld zu Grunde gegangen wäre. Ist hingegen die zum Brautschatz gegebene Sache noch vorhanden; so giebt sie der Mann zurück, wie sie zur Zeit der getrennten Ehe beschaffen ist, wenn gleich dieselbe, jedoch ohne seine Schuld, schlechter geworden seyn sollte. Von diesem Falle handeln folgende Gesetzstellen.

L. 10. §. 6. *D. h. t.* ULPIAN. *libro XXXIV. ad Sabinum.* Si res in dotem datae fuerint, quamvis aestimatae: verum convenerit, *ut aut aestimatio, aut res praestentur*: si quidem fuerit adiectum, *utrum mulier velit*, ipsa eliget, utrum malit petere rem, an aestimationem: verum si ita fuerit adiectum, *utrum maritus velit*, ipsius erit electio: aut si nihil de electione adiiciatur, *electionem habebit maritus*, utrum malit res offerre, an pretium earum. Nam et cum illa aut illa res promittitur, rei electio est, utram praestet. Sed si res non

79) §. 33. *I. de actionib.*

exstet[80]), *aestimationem omnimodo maritus praestabit.*

L. 11. *D. eodem.* PAULUS *libro VII. ad Sabinum.* Sane et *deteriorem factam* reddere poterit.

Es kann ferner **zweytens** verabredet werden, daß die zum Heyrathsgute gegebenen Sachen um den Preis, wofür sie angeschlagen worden sind, nach geendigter Ehe schlechterdings zurückgegeben werden sollen. Auch hier trägt der Mann die Gefahr, wenn er gleich ausser Schuld ist. Er muß daher den ganzen Werth anschlagsmäßig ersetzen, wenn die zum Heyrathsgute gegebenen Sachen durch Unglücksfälle zu Grunde gegangen seyn sollten.

L. 18. *D. h. t.* POMPONIUS *libro XIV. ad Sabinum.* Si mancipia in dotem[81]) aestimata accepisti, et pactum conventum factum est, *ut tantidem aestimata divortio facto redderes,* manere partum eorum apud te LABEO ait: quia et mancipia *tuo periculo* fuerint.

L. 66. §. 3. *D. Soluto matrimon.* JAVOLENUS *libro VI. ex Posterioribus Labeonis.* Mancipia in dotem aestimata accepisti: pactum conventum deinde factum est, ut divortio facto, tantidem

80) *Cod. Erl.* Sed si rem non *praestet.* So lesen auch mehrere alte Ausgaben, z. B. **Baudoza**, und **Chevallon**. Allein mit der florentinischen Leseart stimmen die meisten Ausgaben überein, und diese wird auch noch insonderheit durch die *Basilica* Tom. IV. pag. 509. unterstützt, wo es heißt: εἰ δὲ μὴ φαίνονται τὰ πράγματα, δίδωσι πάντως τὴν διατίμησιν.

81) *Cod. Erl.* in dotem *data.*

aestimata redderes: nec de partu dotalium ancillarum mentio facta est: manebit, inquit LABEO, partus tuus: quia is *pro periculo mancipiorum* penes te esse deberet.

Aus beyden Stellen erhellet zugleich, daß wenn der Mann die Gefahr trägt, ihm auch die Vortheile und der Zuwachs des Heyrathsgutes gehören [82].

Ist die Absicht der Interessenten nicht deutlich ausgedrückt worden, ob die Schätzung venditionis, oder nur taxationis causa geschehen sey; so entsteht die Frage, welche Art der Schätzung im Zweifel zu vermuthen sey? Die meisten Rechtsgelehrten [83] sind der Meinung, daß im Zweifel angenommen werden müße, die Schätzung sey nur taxationis causa geschehen. Allein diese Meinung hat die wichtigsten Gründe gegen sich. Daß bey einer Aestimation der in dotem gegebenen Sachen, wenn durch Vertrag keine besondere Bestimmung hinzugefügt worden, die Sachen als dem Manne verkauft angesehen werden, sagen 1) die Gesetze ganz bestimmt. Eine sehr deutliche

82) S. *Just.* MEIER Ενδοξων Iustinianeon. Decad. VII. Cap. 10. §. 19. (*Colleg. argentorat.* Tom. III. pag. 1060.) und *Jos.* FINESTRES Hermogenian. Tom. I. pag. 527. sq.

83) BOEHMER iur. Dig. P. II. h. t. §. 11. SCHAUMBURG Comp. iuris Dig. h. t. §. 8. Strüben rechtliche Bedenken 2. Th. Bed. LXXXIII. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. III. Fasc. II. Obs. 551. *Jo. Thad.* MÜLLER System. Pand. P. II. (*Manhemii* 1786.) §. 606. Not. a. Höpfner theor. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 418. Not. 3. Dabelow Grundſ. des allgem. Eherechts der teutschen Christen. §. 198.

Stelle aus des Pomponius *libro* 9. *ad Sabinum* enthält die *L.* 3. *D. Locati cond.* Cum fundus locetur, heißt es daselbst, et aestimatum instrumentum colonus accipiat; Proculus ait, *id agi*, ut instrumentum *emptum habeat* colonus: sicuti fieret *cum quid aestimatum in dotem daretur*. Pomponius behauptet also hier mit Proculus, wenn bey Verpachtung eines Landguts der Pächter das Wirthschaftsinventarium nach einer bestimmten Taxe übernimmt, so werde er nach der vermuthlichen Absicht der Partheyen als Käufer der Inventarien Stücke angesehen; gleichwie dieses auch in dem Falle anzunehmen sey, da das Heyrathsgut der Frau dem Manne mittelst Anschlages übergeben worden ist. Pomponius nimmt es also hier als einen unbezweifelten Rechtssatz an, daß wenn das Heyrathsgut geschätzt worden, der Mann als Käufer deßelben anzusehen sey. Daß in dieser Stelle die Frage davon ist, was im Zweifel nach rechtlicher Vermuthung anzunehmen sey, lehrt der ganze Zusammenhang. Denn entscheidet der Vertrag über die Absicht der Partheyen deutlich, so bedarf es weder der Meinung des Proculus noch des Pomponius. Vergleichen wir ferner die oben angeführten Gesetzstellen, welche von der aestimatione dotis handeln, so gehen sie alle bey Entscheidung der dieselbe betreffenden Fragen von dem Grundsatze aus, die Schätzung sey ein Kauf, welcher über das Heyrathsgut dergestalt geschlossen werde, daß nun der angesetzte Preis die dos ausmacht [84]. Justinian selbst nimmt es für eine bekannte Wahrheit an,

84) *L.* 10. §. 4 *et* 5. *L.* 16. *L.* 69. §. 7. *D. h. t. L.* 5. *L.* 10. *Cod. eodem. L.* 11. *C. de pactis. L.* 6. *C. de Usufr.*

daß bey einer geschehenen Schätzung der zum Heyrathsgute gegebenen Sachen der Ehemann gleichsam als Käufer zu betrachten sey, über den Gewinn und Verlust gehe [85]). Diese rechtliche Vermuthung, welche für die aestimatio venditionis causa facta streitet, ist auch 2) schon in der Natur der Sache selbst gegründet. Denn die Bestellung einer dos ist ein Geschäft, welches schon an sich die Uebertragung eines Eigenthums zur Absicht hat [86]). Da jedoch das Eigenthum, welches die Gesetze dem Ehemann, ausser dem Fall der Schätzung, an dem Heyrathsgute geben, nur ein an sich widerrufliches ist; so kann wohl bey der aestimatio rerum in dotem datarum keine andere Absicht angenommen werden, als die, daß dem Ehemanne durch die Schätzung ein vollkommenes und unwiderrufliches Eigenthum übertragen werden solle. Es erhellet dieses endlich 3) noch deutlicher daraus, weil die Gesetze, wenn bey einer geschehenen Aestimation gleichwohl die dos in Natur restituirt werden soll, deshalb einen ausdrücklichen Vertrag erfordern [87]). Dieser Vertrag wäre aber offenbar überflüßig, wenn im Zweifel angenommen werden müßte, daß die Schätzung blos taxationis causa geschehen sey, weil die Natur einer solchen Schätzung ohnedem mit sich bringt, daß der Brautschatz nach getrenntet Ehe in Natur zurückgegeben werden muß. Diese Meinung hat auch den Beyfall der berühmtesten

85) *L. un. §. 9. in fin. Cod. de rei uxor. act.*

86) *Pr. I. Quib. alien. licet vel non. L. 7. §. 3. L. 8. L. 9. §. 1. in fin. L. 75. D. h. t. L. 47. §. ult. D. de peculio. L. 13. §. 2. D. de fundo dot.*

87) *L. 69. §. 7. D. h. t. L. 5. Cod. eodem.*

Theoretiker und Practiken für sich[88]. Die Gründe für die entgegengesetzte Meinung sind unbedeutend, und schon an einem andern Orte näher geprüft und widerlegt worden[89].

§. 1230. c.

Fungible Sachen als Gegenstand der dos. Unterschied zwischen *pecunia* in dotem data, und *nomen* in dotem datum.

Von fungibeln Sachen, quae pondere, numero, mensura constant, ist wohl das Geld dasjenige, was am häufigsten in dotem gegeben wird. Von solchen Sachen gilt, was bey denjenigen Rechtens ist, welche venditionis causa geschätzt sind. Der Mann ist ein debitor quantitatis, und trägt also auch die Gefahr des reinen Zufalls. Er kann zwar auch dieselben species zurückgeben, wenn sie zur Zeit der getrennten Ehe noch eben so gut sind, er kann aber auch andere von gleicher Art und Güte geben, so wie beym mutuum. Von einer praestatio culpae kann hier keine Rede seyn. Hierher

88) Voet Comm. ad Pand. T. II. Lib. XXIII. Tit. 3. §. 19. Müller ad Struvii Synt. iur. civ. T. II. Ex. 30. Th. 14. not. α. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. P. II. Lib. XXIII. Tit. 3. §. 26. Berger Oecon. iur. Lib. I. Tit. 3. §. 10. Not. 15. Wernher select. Observat. for. T. II. P. X. Obs. 392. Haubold ad *Bergeri* oeconom. iuris Tom. I. pag. 159. not. h. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 426. Hasse Culpa des röm. Rechts, Kap. 12. S. 558.

89) S. meine Abhandlung über diese Frage, in Geiger's und Glück's merkw. Rechts-Fällen und Abhandlungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 2. B. Nr. XXXI. und *Car. Guil. Frid.* Martini Comm. de natura et indole dotis aestimatae ex iure Rom. *Helmst.* 1809. 8.

gehört die Stelle aus Gajus *libro XI. ad Edictum provinciale*, welche *L.* 42. *D. h. t.* folgendermaßen lautet: Res in dotem datae, *quae pondere, numero, mensura constant*, mariti periculo sunt: quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat, et quandoque soluto matrimonio, *eiusdem generis et qualitatis alias* restituat vel ipse, vel heres eius. Es ist also hier nicht das nämliche Verhältniß, als wenn eine Schuldforderung (nomen) in dotem gegeben worden ist. Hier macht eigentlich das Geld, was erst noch beygetrieben werden soll, die dos aus. Nun konnte zwar der Mann von der Frau verlangen, daß sie für die Eintreibung selbst sorgen, und ihm das Geld in Natur verschaffen sollte; hat er indessen dieses Geschäft selbst übernommen, so wird auch von ihm, wie bey fremden Geschäften, die höchste Sorgfalt verlangt. Ihn trifft also die Gefahr nur dann, wenn durch seine Zögerung beym Einfordern das ihm zur dos angewiesene Kapital verloren gieng. Ob die Uebertragung der Schuldforderung durch Delegation, wie bey den Römern gewöhnlich war [90]), oder auf andere Weise, z. B. durch Cession, geschahe, ist gleichviel, weil hier nicht die Absicht ist, durch die Delegation eine Schuld zu tilgen, sondern eine dos zu bestellen, und diese Bestellung muß realisirt werden. Die delegatio in dotem facta muß daher immer so angesehen werden, als läge dabey die Vereinbarung zum Grunde, daß die Frau die Gefahr tragen solle. Hätte freylich der Mann gleich anfangs die Insolvenz des Schuldners gekannt, und sich dennoch einen solchen Schuldner dotis causa zuweisen lassen, so hat er es auf seine Gefahr gethan. Hier tritt

90) *L.* 36. *L.* 56. *pr.* *L.* 78. §. 5. *L.* 80. *L.* 83. *D. h. t.*

denn ein, was Paulus sagt [91]): bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum; oder, wie Papinian sagt [92]): nomen debitoris delegati sequi maluisse videtur. Eben so geht die Gefahr auf den Mann über, wenn er dem Schuldner Credit gab, ohne die Frau deshalb zu befragen, welches auch z. B. dadurch geschieht, daß er Zinsen von ihm einforderte. Alle übrige Gefahr ist Sache der Frau, es muß nur dem Manne bey der Insolvenz des Schuldners gar nichts zu imputiren seyn. Z. B. die Schuld war bedingt, und noch vor dem Eintritt der Bedingung, ehe noch der Mann klagen konnte, wird der Schuldner insolvent. Hier trifft der casus blos die Frau. Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

L. 35. *D. de rebus creditis.* Modestinus *libro III. Responsorum.* Periculum nominum ad eum, cuius culpa deterius factum probari potest, pertinet.

L. 41. §. 3. *D. de iure dot.* Paulus *libro XXXV. ad Edictum.* Si a debitore mulieris sub conditione dos promittatur, et postea, sed antequam maritus petere posset [93]), debitor solvendo esse desierit:

91) *L.* 26. §. 2. *D. Mandati.*

92) *L.* 68. §. 1. *D. de evictionib.* S. *Jac.* Cujacius Comment. in librum XXXV. Pauli ad Edictum ad L. 41. §. Si a debitore h. t. (Oper. a Fabroto editor. Tom. II. pag. 584.)

93) Der griechische Scholiast in den *Basilic.* Tom. IV. pag. 581. Sch. d. erklärt diese Worte so: πρὶν ἢ τὴν αἵρεσιν ἐξελθεῖν, ἢ πρὶν ἢ συστῆναι τὸν γάμον. i. e. *priusquam existeret conditio, aut antequam contractum esset matrimonium.*

magis periculum ad mulierem pertinere placet: nec enim videri[94] *maritum nomen secutum eo tempore, quo exigere non poterit.* Quod si iam tunc debitor, cum sub conditione promitteret, solvendo non fuerit, periculum viri esse, *quod sciens tale nomen secutus*[95] *videretur, quale initio obligationis*[96] *fuerit.*

L. 33. *D. h. t.* Ulpianus *libro VI. ad Sabinum.* Si extraneus sit, qui dotem promisit, isque defectus sit facultatibus: *imputabitur marito, cur eum non convenerit.* — Sed si vel pater, vel ipsa promiserunt, Julianus quidem *libro sexto decimo Digestorum* scribit, etiam si pater promisit, periculum respicere ad maritum: quod ferendum non est: *debebit igitur mulieris esse periculum:* nec enim

94) *Cod. Erl.* nec enim proderit mulieri. Eben so Chevallonius, Baudoza und Merlinus. Die florentinische Lesart aber wird durch die *Scholia Basilic.* pag. 581. bestärkt, wo es *Sch. d.* heißt: ἐπειδὰν μὴ δοκεῖ ὁ ἀνὴρ τὸν κίνδυνον ἀναδέξασθαι τοῦ γραμματείου κατὰ τὸν καιρὸν ἐν ᾧ τὸ χρέος ἀπαιτεῖν οὐκ ἠδυνάτο. i. e. *non enim videtur maritus cautionis periculum subire voluisse eo tempore, quo debitum exigere non potuerit.*

95) *Cod. Erl.* consecutus.

96) *C. E.* quale in obligatione fuerit. Die florentinische Lesart aber bestärkt der griechische Scholiast *Basilic.* T. IV. pag. 581. Sch. d. wo die Worte folgendermassen lauten: ἐπειδὰν μὴ ἀγνοήσας τοιοῦτον δοκεῖ καταδέξασθαι τὸν δεβίτορα, ὁποῖος ἦν ὅτε τὴν ἀρχὴν αὐτῷ ἐπηρωτήθη. i. e. *quod sciens videatur talem admisisse debitorem, qualis fuerit, cum initio ei promisit.*

quicquam [97]) iudex propriis auribus audiet mulierem dicentem, cur patrem, qui de suo dotem promisit, non urserit ad exsolutionem: multo minus, cur ipsam non convenerit: recte itaque Sabinus disposuit, ut diceret, quod pater vel ipsa mulier promisit, *viri periculo* [98]) *non esse: quod debitor, id viri esse* [99]): quod alius, scilicet donaturus, eius periculo ait, cui adquiritur: adquiri autem mulieri accipiemus, ad quam rei commodum respicit.

Wenn also der Vater, oder die Frau selbst, oder ein Dritter das Heyrathsgut versprochen hat, der damit der Frau ein Geschenk machen will, und der Mann unterläßt in einem dieser Fälle die Eintreibung durch richterliche Hülfe; so wird ihm dieses nicht zur Last gelegt. Denn ist der Vater der Versprechende, so würde es als etwas Unerhörtes anzusehen seyn, wenn eine Tochter sich darüber beschweren wollte, daß ihr Vater nicht durch gerichtliche Zwangsmittel zur Bezahlung sey angehalten worden. Hatte ferner die Frau selbst das Heyrathsgut zu zahlen, so wäre es ja lächerlich, wenn sie sich über unterlassene Einforderung beklagen wollte. Eben so etwas Widersinniges würde es seyn, wenn die Frau es dem Manne zum Vorwurf machen wollte, daß er den Schenker nicht mit Strenge behandelt hat, dem die Frau selbst, wenn sie ihn belangt hätte, die Wohlthat der Competenz hätte gestatten müssen. Also nur wenn ein Schuldner der Frau der

97) *Cod. Erl.* quisquam.

98) Die Lesart: viri *peculio* non esse, in der Göttingischen Ausgabe ist offenbar fehlerhaft.

99) *Cod. Erl.* quod autem debitor, id viri periculo esse.

auf Zahlung zu Belangende ist, unterläßt der Mann die Eintreibung des nomen auf seine Gefahr, wenn er den Schuldner belangen konnte, ehe er insolvent wurde. War hingegen die Insolvenz des Schuldners durch keine Thätigkeit von Seiten des Mannes abzuwenden; so trägt einen solchen Unglücksfall die Frau[100].

L. 49. pr. D. Soluto matrimonio. Paulus *libro VII. Responsorum.* Maevia marito suo, inter alias res dotis, etiam instrumentum solidorum decem tradidit, quo Otacilius eidem Maeviae caverat, daturum se, cum nuptum ire coepisset, decem millia: ex eo instrumento maritus nihil exegit, quia nec potuit. Quaesitum est, si dos a marito petatur, an compellendus sit etiam illam summam, quae instrumento continetur, refundere? Respondi, potuisse quidem eum, cui actiones mandatae sunt, debitorem convenire: *sed, si sine dolo malo vel culpa exigere pecuniam non potuit, neque dotis nomine eum conveniri posse, neque mandati iudicio.*

L. 20. §. 2. D. de pactis dotalib. Paulus *libro XXXV. ad Edictum.* Si convenerit, ne a muliere, neve a patre dos petatur, heres non habebit exceptionem: sed si convenerit, ne manente matrimonio vivo patre petatur, mortuo patre statim exigitur: et si non petierit maritus, *tenebitur huius culpae nomine*, si dos exigi potuerit: *nisi forte ante diremptum sit matrimonium, quam facultatem petendi haberet.*

100) S. Hasse Culpa des röm. Rechts. S. 572. ff.

Hier hatte sich der Vater ausbedungen, daß während der Ehe, so lange er lebte, die von ihm versprochene dos nicht sollte gefordert werden können. Mit des Vaters Tode trat daher erst der Zeitpunkt ein, da die dos gefordert werden konnte, weil der Erbe sich auf das persönliche Verhältniß des Vaters nicht berufen kann. Trieb nun der Mann nicht sofort nach dem Tode des Schwiegervaters die dos ein, da der Erbe noch zahlungsfähig war; so haftet er wegen dieser Nachläßigkeit. Es versteht sich jedoch, daß die Ehe noch fortbestehen müsse. Denn wäre sie unterdessen getrennt worden, so kann nun freylich die *dos* nicht mehr eingefordert werden [1].

Wenn nun gleich bey einem nomen in dotem datum eigentlich das Geld, was noch eingetrieben werden soll, es ist, so den Gegenstand der dos ausmacht, wie bereits oben bemerkt wurde; so hat es doch keinen Zweifel, daß wenn etwa die Ehe aus zufälligen Ursachen schon wieder wäre getrennt worden, ehe der Mann im Stande war, aus dem Schuldscheine, der ihm in dotem gegeben wurde, zu klagen, er sich durch Zurückgabe desselben von seiner Verbindlichkeit befreien könne, ohne die Aestimation leisten zu dürfen; gerade so wie fungible Sachen, die ihm zur dos gegeben worden, zurückgegeben werden können, wenn sie noch eben so gut sind [2].

§. 1230. d.

Verwandlung der dos.

Modestin *libro primo Regularum*, woraus die *L.* 26. *D. h. t.* genommen ist, stellt die allgemeine Rechts-

1) S. Cujacius Comment. in libr. XXXVI. Pauli ad Edictum, ad h. L. (*Oper.* Tom. II. pag. 588.)

2) S. Hasse Culpa des röm. Rechts. Kap. 19 IX. S. 574.

regel auf: constante matrimonio *permutari dotem posse, si hoc mulieri utile sit, si* 3) ex pecunia in rem, aut ex re in pecuniam; und Ulpian fügt noch in der gleich darauf folgenden Gesetzstelle, welche aus *libro XXXVI. ad Sabinum* entlehnt ist, hinzu: Quod si fuerit factum, *fundus vel res dotalis efficitur.* Eine solche Verwandlung der dos setzt jedoch immer einen Vertrag voraus. Man setze also, die Frau hätte eine gewisse Summe zum Heirathsgute versprochen, sie hätte aber nachher für die versprochene Summe dem Mann Sachen inferirt; so geschieht hierdurch keine Verwandlung, sondern die versprochene Summe ist und bleibt in dote, und die Sachen sind blos in solutum gegeben. Die Sachen sind also dem Mann für die bestimmte Summe verkauft, und der Mann hat die Gefahr, wie wenn eine res simpliciter aestimata in dotem wäre gegeben worden, wie unser Hellfeld ganz richtig behauptet. Soll also durch die Uebergabe der Sachen eine Verwandlung vor sich gehen, so daß diese nun den Gegenstand der dos ausmachen; so muß ausdrücklich bedungen seyn, daß die Sachen der Frau verbleiben sollen, sie also auch das periculum übernehme, folglich ihr auch die Vortheile und Accessionen gehören. So belehrt uns Julian *libro XVII. Digestorum*, woraus die *L. 21. D. de pactis dotalib.* genommen ist. Si mulier, dotis causa, sagt er, promiserit certam summam, et pro ea mancipia in dotem dederit ea conditione, *ut periculo eius essent*, et si quid ex his natum esset, ad eam pertineat: stari pacto convento oportebit.

3) *Cod. Erl.* ut, und eben so Haloander, Chevallon, Miräus, Baudoza und Merlinus.

Nam constat, posse inter uxorem et virum convenire, *ut dos, quae in pecunia numerata esset, permutaretur, et transferatur in corpora, cum mulieri prodest.* Ein solcher Vertrag ist aber nur, wie Modestin sagt, constante matrimonio zur Verwandlung der dos erforderlich. Ist das Heyrathsgut noch vor Schließung der Ehe gegeben, so kann es die Frau nach ihrem Gefallen verwandeln, es gereiche ihr zum Nutzen oder Schaden [4]. Der griechische Scholiast [5]) giebt hievon den ganz richtigen Grund an: ἐπειδὰν μήτε ἤρξατο προῖξ εἶναι τὰ ἐπιδοθέντα μήπω τοῦ γάμου συστάντος. i. e. *quia quae data sunt ante matrimonium contractum, nondum in dote esse coeperunt.* Die Permutatio dotis geschieht nun, wie Modestin sagt, wenn Geld in Sachen, und Sachen in Geld umgesetzt werden. Die Gesetze enthalten folgende Fälle: 1) wenn verabredet wird, daß für den Sklaven, den der Mann schuldig war, eine bestimmte Summe in dote seyn solle. Den Fall führt Paulus *libro VII. ad Sabinum* an, welchen die *L. 26. D. h. t.* enthält. Si ei nuptura mulier, qui Stichum debebat, ita cum eo pacta est, *pro Sticho, quem mihi debes, decem tibi doti erunt*: secundum id, quod placuit, rem pro re solvi posse, et liberatio contingit, et decem in dotem erunt: *quia et permutatio dotium conventione fieri potest.* 2) Wenn für das zum dos inferirte Geld mit Einwilligung der Frau Sachen angeschafft werden, damit diese nunmehr das Hey-

4) S. Cujacius Comment. in libr. XVII. Digestorum Salvii Iuliani ad h. L. 21. de pact. dot. (Oper. a *Fabroto* editor. Tom. III. pag. 122. sq.)

5) *Basilic.* Tom. IV. pag. 570. Sch. p.

rathsgut ausmachen sollen [6]); oder 3) wenn die Dotalsachen mit Willen der Frau verkauft werden, und dann der Kaufpreis in deren Stelle tritt. Von dem letztern Falle spricht Pomponius *libro XVI. ad Sabinum*, woraus die *L. 32. D. h. t.* genommen ist. Si ex lapidicinis dotalis fundi lapidem [7]) vel arbores, quae fructus non essent, sive superficium [8]) aedificii dotalis voluntate mulieris vendiderit [9]); *nummi ex ea venditione recepti sunt* [10]) *dotis*. Wenn nun Modestin endlich noch hinzufügt, daß die permutatio dotis während der Ehe nur in sofern zuläßig sey, als sie der Frau nützlich ist, so will dieß nicht soviel sagen, daß die Frau dabey immer gewinnen müsse. Denn es ist eine allgemeine Regel, daß sich in Rücksicht der dos kein Ehegatte mit dem Schaden des andern bereichern dürfe [11]). Wäre Modestins Ausspruch in jenem Sinne zu nehmen, so könnte ein solcher Vertrag während der Ehe gar nicht einmal geschlossen werden, weil es ja alsdann eine Schenkung seyn würde, welche unter Ehegatten nicht gilt. Kann doch der Ehemann nicht einmal einen offenbar insolventen Schuldner, durch dessen Delegation ihm die Frau das Heyrathsgut bestellen wollte, dotis causa gültig annehmen, wenn es blos in der Absicht geschahe, der Frau

6) Von diesem Falle erklärt *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. V. Cap. 5. die *L. 54. D. h. t.* Allein man sehe den 8. Th. dieses Commentars §. 585. S. 167. ff.

7) *Cod. Erl.* lapides.

8) *C. E.* superficiem.

9) *C. E.* maritus vendiderit.

10) *C. E.* fiunt.

11) *L. 6. §. 2. D. h. t.*

damit ein Geschenk zu machen [12]. Es kann also wohl Modestins Meinung nur dahin gehen, daß die Frau durch das Geschäft nicht übervortheilt werde [13].

§. 1231.

Dos profectitia et adventitia. Dos receptitia. Dos necessaria et voluntaria.

In Ansehung der Personen, von welchen das Heyrathsgut bestellet wird, lassen sich mancherley Fälle gedenken. I) Die dos wird vom Vater oder väterlichem Groſsvater aus seinem Vermögen der Tochter gegeben. In diesem Falle wird die dos *profectitia* genannt. Ob es unmittelbar von dem Vater oder dem väterlichen Groſsvater selbst, oder auf seinen Befehl oder Auftrag von einem Andern, oder auch ohne seinen Auftrag von einem negotiorum gestor des väterlichen Ascendenten geschieht,

12) *L.* 53. *D. h. t.* Soll dieser Stelle nicht die oben angeführte *L.* 41. §. 3. *D. h. t.* widerstreiten, so muß wohl die letztere nach der Erklärung der Griechen *Basilicor.* T. IV. pag. 595. sq. Sch. g. der auch Cujacius Comment. in libr. XXXV. Pauli ad Edictum ad L. cit. 41. *Oper.* Tom. II. pag. 584. beystimmt, von dem Falle verstanden werden, da der Ehemann zwar wissentlich, aber doch nicht animo donandi, den schlechten Schuldner der Frau dotis causa angenommen hat, nämlich in der Hoffnung, daß seine Vermögensumstände in der Folge sich verbessern werden. Andere hingegen z. B. Pothier Pand. Iustin. Tom. II. Tit. Soluto matrimon. Nr. LXIII. pag. 69. und Jensius Strictur. ad Rom. iur. Pand. ad L. 53. cit. pag. 170. erklären die *L.* 41. §. 3. von dem Falle: si *ante matrimonium* vir nomen suscepit, die *L.* 53. aber si *constante matrimonio*.

13) S. Hasse Culpa des röm. Rechts. S. 595. ff.

ist gleichviel, wenn er nur in dem letztern Falle die Handlung desselben nachher genehmiget hat, wie aus folgender Stelle Ulpians erhellet.

L. 5. pr. et §. 1. D. h. t. (aus *libr. XXXI. ad Sabinum*). Profectitia dos est, quae a patre vel parente profecta est de bonis 14) vel facto eius. — Sive igitur parens dedit dotem, sive procurator eius, sive iussit alium dare: sive cum quis dedisset, negotium eius gerens, parens ratum habuerit: *profectitia dos* est.

Auch das Verhältniß der väterlichen Gewalt kommt hierbey nicht in Betrachtung. Die dos, welche der Vater für seine emancipirte Tochter gegeben hat, ist daher unstreitig profectitia, wie ebenfalls Ulpian in der angeführten Gesetzstelle §. 11. bemerkt: Si pater, sagt er daselbst, *pro filia emancipata* dotem dederit, *profectitiam* nihilo minus dotem esse, nemini dubium est: *quia non ius potestatis, sed parentis nomen dotem profectitiam facit* 15).

Eben so ist die dos unstreitig *profectitia*, welche von dem Curator des blödsinnigen Vaters, oder durch ein Decret der Obrigkeit in dem Falle, da sich der Vater in feindlicher Gefangenschaft befand, aus dem Vermögen desselben bestellt worden ist; nicht minder wenn der Bürge

14) *Cod. Erl.* de bonis eius.

15) Man vergleiche noch *L. 10. D. Soluto matrim.* Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. XIV. cap. 6. §. Sed et in hoc. und *Christ. Henr.* Breuning Specim. cont. caput iuris controv. de dote filiae emancipatae profectitia. *Lips.* 1766.

für den Vater, der das Heyrathsgut versprochen hatte, zählte. Alle diese Fälle führt auch Ulpian in der angeführten Stelle selbst an. §. 3. Sed et si curator furiosi, vel prodigi, vel cuiusvis alterius, dotem dederit, similiter dicemus, dotem *profectitiam* esse. §. 4. Sed et si proponas, Praetorem vel Praesidem decrevisse, quantum ex bonis patris vel ab hostibus capti, aut a latronibus oppressi[16]) filiae in dotem detur: haec quoque *profectitia* videtur[17]). §. 7. Sed si pater dotem promisit[18]), et fideiussorem vel reum pro se dedit, ego puto *profectitiam* esse dotem: sufficit enim, quod pater sit obligatus sive reo, sive fideiussori. Es muß nur der Vater, wenn die dos für eine profectitia gehalten werden soll, als Vater zu betrachten seyn (dederit *ut parens*). Denn hat der Vater die dos nicht als Vater, sondern als Bürge für einen Andern gegeben, der sie versprochen hatte, so ist sie keine profectitia; wenn auch der Vater von dem Schuldner nicht wäre entschädiget worden, wie ebenfalls Ulpian §. 6. sagt: Si pater, non *quasi pater*, sed, alio dotem promittente, fideiussit, et quasi fideiussor solverit, NERATIUS ait, non esse *profectitiam dotem*: quamvis pater servare a reo id, quod solvit, non possit.

16) *Jo. Guil.* HOFFMANN Meletemat. et Observation. variar. ad Pandect. Diss. XXI. §. 3. will durch Gemination *suppressi* lesen, welches auch mit der Erklärung des griechischen Scholiasten in den *Basilic.* Tom. IV. pag. 548. ἢ τοῦ ὑπὸ λῃστῶν συσχεθέντος, *a latronibus detenti*, übereinstimmt.

17) *Cod. Erl.* hanc quoque profectitiam esse.

18) *Cod. Erl.* promiserit.

Eben so ist es, wenn der Vater, als Schuldner der Tochter, das Heyrathsgut auf deren Verlangen von dem, was er ihr schuldig war, gegeben hat. Ceterum si cum deberet filiae, sagt Ulpian, §. 11. voluntate eius dedit, *adventitia* dos est; und an einem andern Orte *libro II. Responsorum*, woraus die *L.* 51. *h. t.* entlehnt ist, führt er den Fall an: Si res, *quas filiae emancipatae pater donavit*, ex voluntate eius postea *in dotem* pro ea datae sunt, *a filia dotem, non a patre videri datam*. Hierher gehört auch noch der Fall, wenn Jemand dem Vater eine Summe Geld geschenkt hat, um sie seiner Tochter zum Brautschatz zu geben. Dieß ist keine dos *profectitia*, wie Julian *libro XVII. Digestorum* sagt. Denn der Vater mußte die Bedingung der Schenkung erfüllen, weil er sonst mit der condictio ob rem dati, re non secuta, hätte belangt werden können. Daher wird es auch, wie eben dieser Julian behauptet, für keine Schenkung unter Ehegatten gehalten, wenn die Mutter dem Vater unter der Bedingung ein Geschenk macht, um es der Tochter zum Heyrathsgute zu geben, weil es ja der Vater nicht behalten darf. Julian hält daher diese dos blos für eine adventitia, und dieser Meinung stimmt auch unser Ulpian §. 9. der *L.* 5. mit der Bemerkung bey, sie sey in der Praxis angenommen. Bestellt zwar der Vater das Heyrathsgut, er vermindert aber dadurch sein Vermögen nicht, sondern er schlägt blos, dotis constituendae causa, eine Erbschaft aus, auf welche sein Schwiegersohn in diesem Falle substituirt war, oder er schlägt in gleicher Absicht ein Vermächtniß aus, welches ihm sonst sein Schwiegersohn als Erbe hätte auszahlen müssen; so ist die auf solche Art bestellte dos weder in dem einem noch in dem andern Falle

eine profectitia. So sagt Julian, und auch unser Ulpian billigt diese Meinung §. 5. aus dem Grunde: *quia nihil erogavit de suo pater, sed non adquisivit.* Hat hingegen ein Dritter das Heyrathsgut aus seinem Vermögen gegeben, aber in der Absicht, dem Vater damit ein Geschenk zu machen, so wird dieß eben so angesehen, als ob der Vater die dos aus seinem Vermögen gegeben hätte. Quod si quis patri *donaturus* dedit, so heißt es §. 2. unserer klassischen Stelle, Marcellus *libro VI. Digestorum* scripsit, hanc quoque *a patre* profectam esse: et est verum. Es wird nämlich hier durch eine fictio brevis manus angenommen, als ob das Geld dem Vater wirklich geschenkt worden sey, und dieser solches der Tochter zum Heyrathsgute gegeben habe [19]. Hier also, wo der Dritte das Heyrathsgut blos, um des Vaters willen, der Tochter gegeben hat, konnte die dos mit Recht profectitia heißen. In den beyden vorhergehenden Fällen aber würde der Schwiegersohn, wenn auch der Vater die Erbschaft oder das Legat nicht gerade um der dos willen, sondern aus einem andern Grunde ausgeschlagen hätte, doch als Substitut oder als Erbe den Vortheil gehabt haben, den er hingegen bey

19) *L.* 43. §. 1. *D. h. t.* Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. III. not. d. pag. 19. Der griechische Scholiast Stephani in *Basil.* Tom. IV. pag. 549. sagt: *ἐπειδὰν ὁ μέλλων δωρήσασθαί μοι διαθέσει δηλονότι περὶ ἐμὲ τὴν προῖκα τῆς ἐμῆς ἐπιδέδωκε θυγατρὸς, καὶ δοκεῖ ἐξ ῥέ μέα ταύτην ἐπιδεδωκέναι, κἂν μήπω ταύτης κατέστην κύριος.* i. e. *quia mihi donaturus mei contemplatione dotem pro filia mea dedit, eamque* ex re mea *dedisse videtur, licet nondum eius dominus constitutus sim.*

der Schenkung des Dritten nur allein dem Vater zu verdanken hat. Daher ist der auf diese Art bestellte dos nur eine adventitia [20].

Ist der Vater noch in väterlicher Gewalt, und er nimmt Geld auf, oder beauftragt den Gläubiger, um seiner Tochter bey ihrer Verheyrathung eine dos zu geben; er thut es aber eigentlich in der Absicht, ein Geschäft seines Vaters zu besorgen, welcher, um des Sohnes willen, seine Enkelin auszusteuern schuldig war; so ist es eben so gut, als ob der Großvater das Heyrathsgut selbst gegeben hätte. Der Gläubiger kann hier gegen den Großvater actione de in rem verso klagen, ohne die Einrede des Macedonianischen Senatusconsults befürchten zu dürfen, weil der Sohn das Geld nicht für sich aufnahm, sondern zum Nutzen des Vaters verwendet hat. Er muß nur nicht mehr Geld aufgenommen haben, als der Großvater seiner Enkelin nach seinen Vermögensumständen zum Heyrathsgute gegeben haben würde. Dieß ist es, wenn unser Ulpian §. 8. sagt:

„Si filiusfamilias mutuatus, creditorem delegavit [21], *ut daret pro filia dotem*, vel etiam ipse

20) S. Schol. cit. *Stephani* in *Basilicis* c. l.

21) *Io.* VANDE WATER Observation. iuris. Rom. Lib. III. cap. 12. meint, es müsse hier *delegavit avo*, gelesen werden. Dieses lehre der Nachsatz. Das hier zu ergänzende Wort *avo* sey vermuthlich wegen Aehnlichkeit der vorhergehenden Sylbe *avi* in dem Worte delegavit weggeblieben. Allein zu dieser Emendation ist kein hinlänglicher Grund vorhanden. *Delegare creditorem* heißt hier nichts anders, als den Gläubiger anweisen, ihn beauftragen, in welcher Bedeutung die Redensart *dele-*

accepit, et dedit: *videri dotem ab avo profectam,* Neratius ait, hactenus, quatenus avus esset dotaturus neptem suam: *id enim in rem avi videri pensum.*

gare aliquem, einen anweisen, daß er etwas thun solle, bey den Classikern und Rechtsgelehrten gar nicht ungewöhnlich ist. So sagt z. B. Seneca *de Benefic. Lib. VII. c.* 19. nr. 2. etiam si mihi *adulteram*, cui numerem, *delegaverit*, solvam. Eben so Paulus *L.* 2. *D. Si mensor. falsum mod. dix.* Man vergleiche hier vorzüglich *Jo. Lud.* Conradi Reprehensorum in observation. super iure civ. diversor, liber sing. (*Lips.* 1756. 8.) pag. 119. sqq. Der griechische Scholiast in den *Basilic.* Tom. IV. pag. 551. paraphrasirt unsere Stelle folgendermaßen: *ὑπεξούσιος τὴν οἰκεῖαν θυγατέρα προικίσαι βουλόμενος, δανειακὸν ἐξέθετο γραμματεῖον εἰς Πρίμον τινα, ὃν καὶ ἐδελεγάτευσε τῷ οἰκείῳ γαμβρῷ, ἢ καὶ λαβὼν παρα τοῦ Πρίμου τὰ δανεισθέντα νομίσματα, ἐπιδέδωκεν αὐτα λόγῳ προικός τῷ οἰκείῳ γαμβρῷ. καὶ λέγει ὁ Οὐλπιανός, προφεκτιτξιαν μὲν εἶναι τὴν προῖκα, ὡσανεὶ πρωτοτύπως ἦν ἐκ τῆς οὐσίας ἐπιδοθεῖσα, τοῦ πάππου. μέχρι μὲν τοσαύτης ποσότητός ἐστι προφεκτιτξια ὅσην ἂν ἔμελλεν ὁ πάππος ὑπὲρ τῆς οἰκείας ἐγγόνης ἐπιδιδόναι προικός. ἅυτη γαρ ἡ ποσότης και μόνη βέρσα εἰς τά τοῦ πάππου πράγματα γεγενεῖσθαι δοκεῖ. καὶ ὑπὲρ αὐτῆς ἐναγόμενος, οὐ δύναται τῇ τοῦ Μακέδονος κεχρῆσθαι παραγραφῇ.* i. e. *Filiusfamilias cum filiam suam dotare vellet, cautionem creditae pecuniae dedit Primo, quem genero suo delegavit.* Ulpianus *ait, dotem profectitiam esse, quasi principaliter de bonis avi data esset: profectitia tamen est ad modum quantitatis, quam avus dotis nomine nepti suae daturus erat: ea enim sola quantitas in rem avi versa videtur: et si ex ea causa conveniatur, exceptione Macedoniani uti non potest.*

Wir müßen damit noch eine andere Stelle unsers Ulpians verbinden, worin er sich über diesen Fall noch deutlicher ausspricht. Es ist die aus desselben *libro XXIX. ad Edictum* genommene *L. 7. §. ult. D. de in rem verso*, wo er sagt: Si filiusfamilias pecuniam mutuatus, pro filia sua dotem dederit, *in rem versum patris videtur, quatenus avus pro nepte daturus fuit:* Quae sententia ita demum mihi vera videtur, *si hoc animo dedit, ut patris negotium gerens* *). In Ansehung der Zurückgabe der dos nach getrennter Ehe, wenn zu der Zeit der Großvater gestorben seyn sollte, wird diese dos profectitia sogar eben so angesehen, als ob sie der Vater selbst seiner Tochter gegeben hätte. So sagt Celsus *libro* 10. *Digestorum*, woraus die *L. 6. D. de collatione* genommen ist. Dotem, quam dedit avus paternus, an post mortem avi, mortua in matrimonio filia, patri reddi oporteat, quaeritur? occurrit aequitas rei, *ut, quod pater meus propter me filiae meae nomine dedit, perinde sit, atque si ipse dederim:* quippe officium avi circa neptem ex officio patris erga filium pendet: *et quia pater filiae, ideo avus propter filium nepti dotem dare debet.* Jedoch waren freylich nicht alle Rechtsgelehrten hierin mit einander einverstanden, wie aus folgender Stelle des Labeo erhellet. Dieser sagt nämlich in der aus desselben *libro VI. Posteriorum a Javoleno epitomatorum* entnommenen *L. 79. D. h. t.* Avus neptis nomine filio [22]) natae genero dotem dedit, et moritur:

*) *Cod. Erl.* gereret.

22) *Cod. Erl.* ex filio. Auch der griechische Scholiast in *Basilic.* Tom. IV. pag. 638. hat ὑπὲρ ἐγγόνης τεχθείσης αὐτῷ ἐξ υἱοῦ. Durch Gemination des letztern Buchsta-

negat SERVIUS, dotem ad patrem reverti: et ego cum SERVIO sentio, *quia non potest videri ab eo profecta*, quia nihil ex his sui [23]) habuisset. Man hat zwar diesen Widerspruch auf mancherley Art zu heben gesucht [24]), es geht aber aus den von beyden Rechtsgelehrten angeführten Gründen klar hervor, daß Labeo mit seinem Servius nach der Strenge des Rechts gesprochen; Celsus aber die Billigkeit dem strengen Rechte vorgezogen habe [25]).

Sind fremde Güter zum Heyrathsgute und zwar ohne Willen des Eigenthümers gegeben worden, so wird

dens in dem Wort *nomine* läßt sich jedoch die in der florentinischen Ausgabe bey filio fehlende Präposition leicht ergänzen. Es soll also unstreitig heißen *neptis nomine, e filio natae*. S. *Jo. Gail.* HOFFMANN Meletem. ad Pand. Diss. XXI. §. 5. und *Corn.* van BYNKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. VII. cap. 8.

23) *Cod. Erl.* nihil ex bonis suis habuisset. Der griechische Scholiast *Basil.* IV. pag. 638. hat: ὅτι μηδὲν ἐκ τῶν ἐπιδοθέντων πραγμάτων λόγῳ προικὸς, ἴδιον εἶχεν ὁ τῆς κόρης μὲν πατὴρ, ὗιος δὲ τοῦ ἐπιδεδωκότος τὴν προῖκα: i. e. *cum nihil ex his, quae data sunt, proprium habuerit pater quidem puellae, filius autem eius, qui dotem dedit.*

24) S. *Jul.* PACIUS Ἐναντιοφαν. Centur. V. Qu. 55. BOSIUS und BRUNNEMANN Comment. ad dd. LL. CORASIUS ad L. 38. D. de condict. indebiti nr. 112.

25) S. *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. XIII. Cap. 9. in fin. FINESTRES de iure dot. pag. 84. und Desselben Praelection. Cervar. ad Tit. Pand. de liberis et postumis. P. IV. Cap. 4. §. 28. pag. 151. POTHIER Pandect. Justin. Tom. II. Lib. XXIV. Tit. 3. Nr. II. pag. 59. *Jo. Lud.* CONRADI Reprehensor. lib. sing. pag. 116.

das Heyrathsgut erst dann dos profectitia, wenn sie consumirt sind. So sagt Papinian *libro VIII. Quaestionum*. Es heißt in der *L. 81. D. h. t.* Pater filiae nomine *nummos alienos*, quos mutuos acceperat, aut in causam crediti receperat, in dotem dedit: *consumptis his*, dos profectitia efficitur. Der Grund ist, weil ein mutuum pecuniae alienae nicht gilt. Das fremde Geld gehörte also auch nicht zu dem Vermögen des Vaters. Hat aber der Schwiegersohn das Geld bona fide consumirt, und dieses hat er, wenn er auch nur das Geld mit dem seinigen dargestellt vermischt hat, daß beydes nicht mehr von einander unterschieden werden kann [26]; so wird nun durch diese Consumtion das mutuum gültig, und die gegebene dos so angesehen, als habe sie der Vater aus seinem Vermögen gegeben. Anders hingegen verhält sich's, wenn der Vater ein fremdes Grundstück zum Heyrathsgute gegeben hat, welches er bona fide gekauft hatte, wie Pomponius *libro XIV. ad Sabinum* bemerkt. Hier wird die dos sogleich durch die Uebergabe an den Schwiegersohn profectitia, weil eine venditio rei alienae gilt, und der bonae fidei emtor nach dem prätorischen Recht als Eigenthümer angesehen wird, so lange sich der wahre Eigenthümer nicht gemeldet hat. Es hat also seinen guten Grund, wenn Pomponius *L. 6. §. 1. D. h. t.* sagt: Si pater alienum fundum bona fide emtum in dotem dedit, *ab ipso profectus* intelligitur [27].

26) *L. 78. D. de solution.*

27) S. *Jac.* Cujacii Commentar. in libr. VIII. Quaestion. Papiniani ad L. 81. D. de iure dot. (*Oper.* Tom. I. pag. 188.)

Uebrigens ist hier nur noch zu bemerken, daß unter dem väterlichen Ascendenten, dessen Name die dos zur profectitia macht, nicht blos der leibliche, sondern auch der Adoptivvater verstanden wird, wie unser Ulpian aus Julians *libr. XIX, Digestorum*, *L.* 6. §. 13. *D. h. t.* anführt. Immer muß jedoch der Vater ein legitimer Vater seyn. Die dos, welche ein Vater seiner unehelichen Tochter giebt, ist also keine dos profectitia, weil einem solchen Vater in den Gesetzen ius nomenque patris abgesprochen wird [28].

II) Das Heyrathsgut wird von der Frau selbst, oder von irgend einem Andern um der Frau willen bestellt. Hier wird es *dos adventitia* genennt. Ulpian [29]) sagt: *Dos adventitia* est, quae a quovis alio, quam a patre mulieris, data est. Dieser Begriff erklärt sich nun aus dem, was von der dos profectitia bemerkt worden ist, von selbst. Man kann daher mit Pothier [30]) sagen, *adventitia dos* est, quae profectitia non est. Der Ausdruck *adventitium* wird also hier in einer andern Bedeutung genommen, als in welcher von einem peculio adventitio die Rede ist, weil sonst eine solche dos, welche die Frau aus ihrem Vermögen selbst bestellt, sehr unschicklich dos adventitia genennt werden würde, wie auch schon Bachov [31]) erinnert hat. Hat ein Dritter das

28) *L.* 7. *in fin. Cod. de natural. liber.* S. *Guil.* Ranchinus Variar. Lection. Lib. II. cap. 1. (in *Ev.* Otton. *Thes. iuris Rom.* Tom. V. pag. 927. sq.)

29) *Fragm. Tit. VI.* §. 3.) (in *Ant.* Schulting *Jurisprud. vet. Antejust.* pag. 581.)

30) Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. VII. pag. 20.

31) Not. et Animadversion. ad Treutlerum Vol. II. Disp. VII. Th. 1. lit. E.

Heyrathsgut für die Frau bestellt, und sich den Rückfall ausbedungen; so heißt eine solche dos adventitia nun *receptitia* [32]). Ulpian [33]) sagt: *Adventitia* autem *dos* semper penes maritum remanet, praeterquam si is, qui dedit, ut sibi redderetur, stipulatus fuit; quae dos specialiter *receptitia* dicitur. Und Gajus [34]) *libr. VIII. ad Edictum.* Sed et dos, quam quis in mortem mulieris a marito stipulatur, capitur sane mortis causa: cuius generis dotes *receptitiae* vocantur. Die dos receptitia setzt also immer einen besondern Vertrag voraus; und da dieser Vertrag von der Regel abweicht, nach welcher sonst angenommen wird, der extraneus (so wird hier im Verhältniß zur Frau ein Jeder genennt, der nicht ihr Vater ist) habe das Heyrathsgut der Frau geschenkt [35]); so erklärt sich auch hieraus der Name [36]).

32) S. *Corn. van* Bynkershoek Observation. iuris Rom. Lib. VIII. cap. 15. und *Car. Maur.* Hoffmann Disp. de dote receptitia. *Altorfii* 1718.

33) *Fragm. Tit. VI.* §. 5.

34) *L.* 31. §. 2. *D. de mortis causa donat.*

35) *L. un.* §. 13. *Cod. de rei uxor. act.* Immo magis in huiusmodi dotibus, *quae ab extraneis dantur*, ipsa mulier fecisse videatur tacitam stipulationem (sc. de dote sibi reddenda): *nisi expressim extraneus sibi dotem reddi pactus fuerit, vel stipulatus: cum donasse magis mulieri, quam sibi aliquod ius servasse extraneus non stipulando videatur.* Extraneum autem intelligimus omnem, citra parentem per virilem sexum ascendentem, et in potestate dotatam personam non habentem: parenti enim tacitam ex stipulatu actionem damus.

36) Recipiunt, sagt Cell in Diss. de bonis receptitiis, uxori testamento paterno constitutis, *Vitemb.* 1737.

Sieht man hiernächst auf den **Rechtsgrund**, auf welchem der Brautschatz beruhet, so lassen sich wieder zwey Fälle gedenken.

I) Die Bestellung der dos gründet sich auf eine gesetzliche Verpflichtung. Hier nennt man sie dos *necessaria*. Die Personen, denen die Gesetze die Verbindlichkeit zur Gebung eines Brautschatzes auflegen, sind

1) der **Vater der Frau**. Die Gesetze verpflichten aber den Vater nicht nur für die anständige Verheyrathung seiner Töchter zu sorgen, sondern sie legen ihm auch noch insonderheit die Verbindlichkeit auf, ihnen ein seinem Stande und Vermögens-Umständen angemessenes Heyrathsgut zu geben, wenn er ihnen auch keines versprochen hat. Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

L. 19. D. de ritu nuptiarum. MARCIANUS *libro XVI. Institutionum.* Capite trigesimo quinto legis Juliae, qui liberos, quos habent in potestate, iniuria prohibuerint ducere uxores, vel nubere, vel qui dotem dare non volunt, ex constitutione *Divorum* SEVERI et ANTONINI, per Proconsules, Praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare. Prohibere autem videtur, et qui conditionem non quaerit.

Wir lernen aus dieser Stelle zugleich die Gesetze kennen, welche dem Vater jene Verpflichtung zuerst auflegten, und

§. 2. qui aliquid insoliti promittunt, aut sibi paciscuntur; ut fere nunquam possit aliquid *receptum* dici sine pacto. — Itaque apparet, RECEPTITIUM videri, de quo quis *specialiter*, contra regulam iuris, pactus est, aut voluntatem suam declaravit.

dieß ist hier wegen einer nachher vorkommenden Controvers von practischer Wichtigkeit. In Rom war es nämlich die Lex Julia, nicht de adulteriis, wie Hermann Noordkerk[37]) ganz irrig annimmt, sondern de maritandis ordinibus[38]). Denn dieses Gesetz, gewiß das wichtigste von August, welches die möglichste Beförderung der Ehen zum Zweck hatte[39]), wollte durchaus nicht, daß irgend ein Hinderniß der Heyrath, es rühre her, aus welcher

37) Observation. Decas. (*Amstelod.* 1731. 8.) Cap. 2. pag. 25. sqq. Daß Marcian Noten zu Papinians libri duo de adulteriis geschrieben, ist bekannt. Daß aber unsere Stelle nicht aus Marcians Institutionen, wie die Inscription derselben lehrt, sondern aus jenen Noten über Papinian genommen seyn soll, ist ein Einfall, der zu nichts weiter führt, als die Glaubwürdigkeit der Inscriptionen in den Fragmenten der röm. Rechtsgelehrten wankend zu machen, an denen uns doch so viel liegt. Man sehe dagegen *Jo. Guil.* Hoffmann ad Leg. Juliam de adulteriis coercend. lib. sing. (*Francof. ad Viadr.* 1732. 4.) Cap. III. §. 5.

38) S. *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. h. t. §. Hactenus. *Oper.* Tom. II. pag. 500. *Abrah.* Wieling Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 9. §. 3. *Jo. Gottl.* Heineccius ad Leg. Juliam et Pap. Poppaeam Commentar. Lib. I. cap. 5. §. 2. et Lib. II. cap. 20. *Fov. Sytz.* Reiding Diss. ad L. 19. π. de ritu nupt. (*Franequ.* 1747.) Cap. V. §. 2. sqq. in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertat. iurid. selectiss. in Acad. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. II. pag. 297. sqq. *Jo. Conr.* Stigliz Diss. de necessitate patris conditionem filiabus quaerendi. *Halae* 1757. und *Aemil. Lud.* Homberg zu Vach Diss. de obligatione patris ad constituendam dotem non promissam. *Marburgi* 1770.

39) *L.* 64. §. 1. *D. de condit. et demonstrat.*

Ursache es wolle, Statt finden solle[40]). Welches Hinderniß konnte aber wohl größer seyn, als Weigerung des Vaters, oder Verweigerung einer anständigen dos, weil sich gerade dadurch ehemals die römische uxor von der Concubine unterschied. Auf die Provinzen ward das Gesetz erst später durch die von Marcian genannte Constitution der Kaiser Severus und Antoninus ausgedehnt. Wenn Marcian sagt: per *Proconsules Praesidesque provinciarum*, so bezieht sich dieses ohne Zweifel auf die von August gemachte Eintheilung der Provinzen in Senats-Provinzen und kaiserliche Provinzen. In jenen regierten die Proconsuln, in diesen die Präsides[41]). Beyde Namen blieben noch immer unterschieden, nachdem auch schon das imperium proconsulare den Kaisern übertragen war[42]). Es ist daher gar kein Grund vorhanden, die Leseart per Proconsules zu ändern, und, wie Heineccius[43]) will, *per Praetorem* zu lesen[44]). Die Proconsuln waren es ja, welche insonderheit zwischen Eltern und Kindern de plano Recht sprachen[45]); daher auch die Basiliken[46]) *διὰ τῶν ἀρχόντων* haben. Ueberhaupt aber ist die Stelle Marcians gar nicht so

40) *L.* 72. §. 4. *D. eodem*, wo Papinian sagt, eam Legis sententiam videri, *ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur.*

41) *Jac.* Gutherius de officiis Domus Augustae. Lib. I. cap. 43.

42) Guther c. l. cap. 41.

43) Comm. cit. Lib. I. cap. 5. §. 2. pag. 66.

44) S. Noordkerk Observation. Decade. Cap. 2. pag. 29 sq.

45) Plinius *Lib. X. Epist.* 77. Ulpianus *L.* 9. §. 3. *D. de officio Proc.*

46) Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 4. Const. 11. pag. 241.

unverständlich, daß man dieselbe mit Cornelius van Bynkershök[47]) für durchaus fehlerhaft zu halten Ursach hätte. Marcian citirt hier die Lex Julia nämlich de maritandis ordinibus, und verbindet damit die neuere Constitution der Kaiser Severus und Antoninus. Der Sinn ist also: Väter, welche ihren Kindern ohne rechtmäßige Ursach am Heyrathen hinderlich sind, oder ihnen die dazu erforderliche dos verweigern, und daher nach der Lex Julia Kap. 35. durch den Prätor dazu angehalten werden sollen, werden durch eine Verordnung der Kaiser Severus und Antoninus nun auch in den Provinzen durch die Proconsuln und Präsides genöthiget, ihre Kinder ehelich zu versorgen und auszustatten[48]). Zu Marcians Zeiten war dieses allerdings noch neues Recht, denn er fieng seine Institutionen noch bey Lebzeiten beyder Kaiser an, endigte sie aber erst nach deren Tode. Daher nennt er die beyden Kaiser hier divi, welche er in den erstern Büchern seiner Institutionen noch ohne diesen Beynamen anführt[49]). Es läßt sich aber deswegen nicht behaupten, als ob erst durch die Constitution der erwähnten Kaiser dem Vater die Dotationspflicht sey auferlegt worden, wie Heineccius[50]) glaubt. Ein Zweifel könnte freylich daher entstehen, daß die Worte: *Capite trigesimo quinto Legis Juliae* in mehreren alten Handschriften[51])

47) Observat. iuris Rom. Lib. IV. cap. 13.

48) S. Stigliz cit. Diss. §. VI.

49) S. *Ger.* Oelrichs Diss. de vita, studiis, honoribus et scriptis Aelii Marciani. (*Trajecti ad Rhen.* 1754.) Sect. II. Cap. I. §. 2.

50) Comm. ad L. Jul. et Pap. Popp. Lib. I. cap. 5. §. 2.

51) Sie fehlen z. B. in unserm *Cod. Erl.*, auch in der Königsberger Handschrift. S. Heinr. Ed. Dirck-

und Ausgaben der Pandecten [52]) nicht befindlich sind, und daß sie auch in den Basiliken [53]) fehlen. Allein die letztern gedenken auch der Constitution der Kaiser Severus und Antoninus nicht, sondern haben nur den Rechtssatz selbst aufgenommen, den sie in ihrer Sprache folgendermaßen ausdrücken: Ὁ δίχα τινὸς εὐλόγου καὶ δικαίας αἰτίας τοὺς ὑπεξουσίους αὐτοῦ παῖδας κωλύων τούς μὲν υἱοὺς λαμβάνειν γαμετὰς, ἢ τὰς θυγατέρας ἀνδράσι συνάπτεσθαι, ἢ καὶ μὴ βουλόμενος προῖκα διδόναι, διὰ τῶν ἀρχόντων, ἀναγκάζεται ἐκγαμίζειν, καὶ προικίζειν. κολύειν δὲ δοκεῖ ὁ μὴ ζητῶν μνηστείαν. i. e. *Qui absque probabili et iusta causa liberos, quos habet in potestate, prohibet uxorem ducere aut nubere, vel, qui dotem dare non vult, per praesides cogitur in matrimonium collocare, et dotem constituere. Prohibere autem videtur, qui non quaerit, ut despondeat.* Daß aber jene Worte auch in einigen Handschriften und Ausgaben nicht stehen, kann deren Aechtheit noch nicht entkräften, da sie das Ansehen

sen civilistische Abhandlungen. 1. B. 5. Abh. S. 402. Aller Wahrscheinlichkeit nach fehlten Sie auch in den Handschriften der Glossatoren. Denn die Glosse gedenkt der Lex Julia nicht.

52) Z. B. in der Ausgabe des *Claud.* Chevallonius. *Parisiis* 1527. 8. Ferner des *Gail.* Merlinus. *Paris.* 1559. f. In andern Ausgaben, z. B. des *Greg.* Haloander, *Lud.* Miraeus, *Paris.* 1552. 8. und Baudoza Cestius machen die Worte: *Capite* 35. *Legis Juliae*, einen Theil der Inscription aus. Sie lassen das Fragment mit den Worten: Qui liberos, anfangen.

53) Tom. IV. pag. 241. Vergleiche auch die griechischen Scholien pag. 263.

der florentinischen Handschrift für sich haben. Es ist auch unverkennbar, daß die Lex Julia de maritandis ordinibus die dos nicht unberührt gelassen haben könne, ohne welche damals keine Ehe für eine rechtmäßige galt. Ulpian[54]) lehrt ja ausdrücklich, es sey nach diesem Gesetz ei mulieri virginive, quam ex hac ipsa lege nubere oportet, ad dotem dandam, dicendam, promittendamve, ein tutor vom Praetor urbanus gegeben worden, si legitimum tutorem pupillum habeat. Wer sollte also zweifeln, daß nicht auch dasselbe Gesetz dem Vater die Pflicht der Dotation aufgelegt habe, da es ohne dos vergebens gewesen wäre der Tochter einen Mann zu verschaffen. Ein noch bestimmteres Zeugniß aber legt Publius Juventius Celsus ab, ein Rechtsgelehrter, der schon unter Hadrian blühte[55]). Dieser sagt in einer schon oben vorgekommenen Stelle[56]): *Quia pater filiae, ideo avus propter filium nepti dotem dare* DEBET. Diesem ist nicht entgegen, wenn Labeo *libro VI. Posteriorum a Javoleno epitomatorum*[57]) sagt: Pater filiae nomine centum doti ita promisit, *cum commodissimum esset.* ATTEIUS scripsit, SERVIUM respondisse, cum primum sine turpitudine et infamia

54) *Fragm. Tit. XI.* §. 20. Einen Beweis, daß die Lex Julia wegen der Dotation nur auf Rom gieng, geben die folgenden Worte Ulpians: *Sed postea Senatus censuit, ut etiam in provincia quoque* (richtiger quaque) *similiter a Praesidibus earum ex eadem causa tutores dentur.*

55) G. HEINECCIUS de Publio Juventio Celso. in *Syll. Opusculor.* Exercit. XII. pag. 503 sqq.

56) *L.* 6. *D. de collat.*

57) *L.* 79. §. 1. *D. h. t.*

dari possit, deberi; und wenn Celsus [58]) selbst *libro I. Digestorum* lehrt: Avus neptis nomine, quam ex filio habebat, dotem promisit, et pactus est, *ne a se, neve a filio suo dos peteretur*: si a coherede filii dos petatur, ipse quidem exceptione conventionis tuendus non erit: filius vero exceptione conventionis recte utetur; quippe heredi consuli concessum est. Denn in beyden Stellen ist von besondern Verträgen die Rede, wodurch die Väter sich nicht sowohl erst zur Dotation verpflichten wollten, sondern nur die ihnen schon nach den Gesetzen obliegende Verbindlichkeit zu modificiren suchten [59]); sie unterstützen also noch mehr das angegebene Alter dieser väterlichen Pflicht. Wie wenig übrigens bey der Verpflichtung des Vaters das Versprechen desselben in Betrachtung komme, sieht man daraus, weil nach dem Ausspruch des Julianus *libro XVI. Digestorum* [60]) die Verbindlichkeit des Vaters bleibt, wenn auch das von ihm geschehene Versprechen der Brautgabe wegen eines dabey zum Grunde liegenden Irrthums an sich nichtig seyn sollte. Pater, sagt Julian, etiam si falso existimans se filiae suae debitorem esse, dotem promisisset, OBLIGABITUR. Auf jene von Marcian angeführten Gesetze deutet nun unstreitig Kaiser Justinianus hin, wenn er in seiner Constitution an den P. P. Johannes *L.* 7. *Cod. de dotis promissione* vom J. 530. sagt:

58) *L.* 33. *D. de pactis.*

59) Man vergleiche noch eine andere Stelle des Celsus, *L.* 10. *D. de pactis dotal.* und *Greg.* MAJANSII Commentar. ad XXX. ICtor. Fragmenta. (*Genevae* 1764. 4.) pag. 180. sqq.

60) *L.* 46. §. 2. *D. h. t.*

Neque enim *leges* incognitae sunt, quibus cautum est, *omnino* PATERNUM *esse* OFFICIUM, *dotem, vel ante nuptias donationem pro sua dare progenie.*

Es erhellet hieraus zugleich, daß das Wort *officium* hier nicht in dem Sinne genommen wird, wie es Paulus [61]) nimmt: nämlich quod voluntatis magis, quam necessitatis est, sondern vielmehr id, quod iure perfecto debetur, bezeichnen soll, so wie die Gesetze [62]) vom officium tutorum sprechen, deren Pflichten doch wohl gewiß keine unvollkommenen sind. Ich muß dieses gegen Heineccius erinnern, welcher das Wort *officium* hier ganz unrichtig erklärt hat.

Der Vater ist aber 1) nur legitimen Töchtern eine dos zu geben schuldig, sie seyen übrigens leibliche oder Adoptivtöchter [63]). Einer unehelichen Tochter gebührt kein Heyrathsgut. Die Dotirung einer solchen Tochter ist eine blos freywillige [64]). Ob 2) auch nur solchen, die

61) *L.* 17. §. 3. *D. Commodati.*

62) *L.* 30. *L.* 33. §. 1. *D. de administr. et peric. tutor. L.* 39. §. 7. *D. eodem.* S. BRISSON. de Verbor. Signif. voc. *Officium.* Da die Pflicht des Vaters zur Dotirung seiner Töchter auf die natürliche Liebe des Vaters zu seinen Kindern gegründet ist, so wird sie auch *pietas* genennt. *L.* 1. §. 10. *D. Si quid in fraudem patroni*, wo Ulpian sagt: Sed si libertus filiam dotavit, hoc ipso, quod dotavit, non videtur fraudare patronum: quia *pietas patris* non est reprehendenda.

63) *L.* 5. §. 13. *D. h. t.*

64) *L.* 41. §. 11. *D. de legatis III. L.* 8. *Cod. de natural. liber. Nov. LXXXIX. Cap.* 12. §. 3. S. *Jo.* VOET Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 13. *Everh.* BRONCHORST

noch in seiner väterlichen Gewalt sind, ist sehr zweifelhaft. Von diesen nur spricht freylich Marcian. Daher behaupten auch viele Rechtsgelehrten [65]),

Εναντιοφανων Centur. III. Assert. XIV. pag. 280. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 420. und Ernst Christ. Westphal's System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 279. Mehrere Rechtsgelehrten sind jedoch der Meinung, daß heut zu Tage in Gemäßheit des canonischen Rechts auch einer unehelichen Tochter ein Heyrathsgut gebühre, weil ihr der Vater nach diesem Rechte den Unterhalt zu reichen schuldig sey. *Cap.* 5. *in fin.* X. *de eo, qui duxit in matrimon.* S. Surdus de alimentis. Tit. I. Qu. 9. n. 6. Gaill Observation. pract. Lib. II. Obs. 88. n. 4. Lauterbach Colleg. th. pract. Pandectar. P. II. h. t. §. 13. *Ant.* Merenda Controvers. iuris. Lib. III. cap. 15. Allein der Schluß von Alimenten auf Dotation ist offenbar unrichtig, weil ja der Vater auch schon nach dem röm. Recht seinen natürlichen Kindern den Unterhalt zu geben schuldig ist, wie Lauterbach, c. l. §. 11. am Ende selbst nicht läugnen kann. Man sehe Bachov Not. et Animadvers. ad *Treutlerum.* Vol. II. Diss. VII. Th. 2. lit. H et I. *Sam.* Stryk Us. mod. Pand. Contin. III. h. t. §. 5. *Hub.* Giphanius Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. ult. de dotis promiss. pag. 596. und *Arn.* Vinnius Select. iuris Quaestion. Lib. II. Cap. 14.

65) S. *Arn.* Vinnius Selectar. iuris Quaestion. Lib. II. cap. 14. *Ant.* Merenda Controversiar. iuris Lib. III. cap. 15. *Ant.* Perez Praelection. in Cod. Lib. V. Tit. 11. nr. 6. *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. §. Hactenus. (*Oper.* Tom. II. pag. 500.) *Ulr.* Huber Praelection. ad Pandect. h. t. §. 5. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. P. II. h. t. §. 11. *Mich. God.* Wernher Lectiss. Commentation. in Pand. P. II. h. t. §. 3. Hombergk zu Vach Diss. cit. de obligatione patris ad

daß der Vater zur Dotirung einer emancipirten Tochter nicht verpflichtet sey. Dennoch aber unterscheidet Justinian bey der Streitfrage, ob das der Tochter gegebene Heyrathsgut im Zweifel für eine dos profectitia zu halten sey, wenn die Tochter eigenes Vermögen hat, welche er in der *L. ult. Cod. de dotis promiss.* entscheidet, nicht zwischen einer emancipirten Tochter, und einer solchen, die noch in väterlicher Gewalt ist; sondern es soll in dem einen Falle, wie in dem andern, angenommen werden, der Vater habe das Heyrathsgut aus seinem Vermögen gegeben, wenn er sich nicht bestimmt darüber erklärt hat, und zwar, welches sehr merkwürdig ist, aus dem beygefügten Grunde: *Neque enim* LEGES INCOGNITAE *sunt, quibus cautum est, omnino* PATERNUM *esse* OFFICIUM, *dotem — pro sua dare* PROGENIE. Sollte man denn nicht bey dieser generellen Fassung der Worte auf die Gedanken gerathen, die älteren Gesetze, welche von der Dotationspflicht des Vaters sprechen, hätten die emancipirten Töchter nicht ausgeschlossen? Behauptete doch schon Papinian, und zwar namentlich bey einer sui iuris gewordenen Tochter, über welche der Vater die Curatel führte, das Nämliche, was hier Justinian sanctionirt. Er sagt nämlich *libro decimo Quaestionum*, so wie Ulpian [66]) desselben Worte anführt: Cum pater curator suae filiae, iuris sui effectae, dotem pro ea con-

constituendam dotem non promissam. §. 28. *Bern. Henr.* REINOLD Varior. Cap. XXVIII. (in *Opuscul.* a JUGLERO *edit.* pag. 180. sqq.) *Car. Frid.* WALCH Introd. in controvers. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. I. §. 16. u. a. m.

66) *L.* 5. §. 12. *D. h. t.*

stituisset, magis eum, *quasi patrem* id, quam *quasi curatorem*, fecisse videri. Nun tritt hier freylich Marcian in den Weg, welcher gerade in Beziehung auf die von der Dotationspflicht des Vaters sprechenden Gesetze ausdrücklich nur von solchen Kindern redet, die noch in der väterlichen Gewalt sind. Allein darauf läßt sich antworten, daß damit die emancipirten Töchter nicht ausgeschlossen worden sind. Marcian spricht hier von einer doppelten Pflicht des Vaters, erstens der, den Kindern durch Verweigerung seiner Einwilligung im Heyrathen nicht hinderlich zu seyn, und zweytens von der Dotationspflicht. Jene konnte nur bey solchen Kindern eintreten, die noch in väterlicher Gewalt sind, sie seyen Söhne oder Töchter. Letztere aber auch bey emancipirten Kindern. Denn bey deren Verheyrathung kommt es auf die väterliche Einwilligung nicht mehr an [67]). Diese letztere Pflicht kann daher nicht auch auf liberos in potestate constitutos eingeschränkt werden, da Ulpian [68]) ausdrücklich sagt, daß auch das einer emancipirten Tochter vom Vater gegebene Heyrathsgut so gut, wie dasjenige, welches der Vater einer filiafamilias giebt, dos *profectitia* heiße, und den Grund hinzufügt: quia non *ius potestatis*, sed PARENTIS *nomen* dotem profectitiam facit. Zwar schreibt Julian *libro XVI. Digestorum* [69]): Si pater filiae nomine dotem promisisset, et eam ante nuptias emancipasset, non resolvitur promissio: nam et cum ante nuptias pater moreretur, nihilo minus heredes eius ex promissione obligati manebunt.

67) *L.* 25. *D. de ritu nupt.*

68) *L.* 5. §. 11. *D. h. t.*

69) *L.* 44. *pr. D. h. t.*

Man könnte also hier sagen, wie hätte Zweifel entstehen können, ob das Versprechen des Vaters auch noch nach erfolgter Emancipation der Tochter gültig bleibe, wenn der Vater auch ohne Versprechen zur Dotirung einer emancipirten Tochter verpflichtet wäre? Allein der Zweifelsgrund lag hier nicht sowohl darin, als ob der Vater einer emancipirten Tochter kein Heyrathsgut zu geben nöthig habe; sondern der Zweifel, welcher hier entstehen konnte, war der, weil alle stipulatio dotis von dem künftigen Erfolge der Ehe abhängt, und also pendente nuptiarum conditione noch kein Recht daraus entsteht. Da nun die Tochter noch vor der Ehe war emancipirt worden, so entstand die Frage, ob nicht die Verbindlichkeit des Vaters ex promissione dotis durch die Emancipation erloschen sey? Julian entscheidet sie verneinend, die promissio, sagt er, sey dadurch eben so wenig unwirksam geworden, als wenn der Vater vor erfolgter Ehe der Tochter gestorben wäre. Die Capitisdeminution mit ihren sonstigen Folgen kam also hier in keine Betrachtung. Eas enim obligationes, sagt Gajus [70]) *libro IV. ad Edictum provinciale*, quae naturalem praestationem habere intelliguntur, palam est capitis deminutione non perire: *quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest.* Itaque *de dote actio*, quia in bonum et aequum concepta est, nihilo minus durat etiam post capitis deminutionem. Ein neuer Beweis geht also hieraus hervor, daß die Dotationspflicht des Vaters nicht auf das Verhältniß der väterlichen Gewalt, sondern, wie Ulpian [71]) sagt, auf die pietas patris gegründet

70) *L.* 8. *D. de capite minutis.*

71) *L.* 1. §. 10. *D. Si quid in fraudem patroni.* Anderer Meinung ist zwar *Hug.* Donellus Commentar. iuris

seyn, denn sonst wäre sie durch die Emancipation aufgehoben worden. Aus diesem Grunde bleibt auch die Verbindlichkeit des Vaters, die Kinder standesmäßig zu ernähren, noch nach der Emancipation fortdauernd [72]). Es kommt hierbey noch in Betrachtung, daß auch die einer emancipirten Tochter gegebene dos als profectitia so gut an den Vater wieder zurückkehrt, wenn nämlich die Tochter in der Ehe stirbt, als die einer filiae in potestate constitutae [73]). Dieses Vorrecht, welches dem Vater in Ansehung des Rückfalls der dos ohne Vorbehalt zugeeignet wird, scheint aber gleichsam ein Ersatz für die Bürde zu seyn, welche ihm durch die Dotation seiner Töchter von den Gesetzen aufgelegt ist [74]). Erwägt man nun noch zuletzt, daß nach dem neuern Recht auch die emancipirte Tochter, so lange sie noch minderjährig ist, sich ohne des Vaters Einwilligung nicht verheyrathen darf [75]), und daß der Vater gewiß auch ihr die Ehe nicht erschweren dürfe; er hat sich's wenigstens selbst beyzumeßen, wenn ihm die Tochter Schande macht [76]); so läßt sich wohl erklären, warum

civ. Lib. XII. cap. 4. welcher die obligatio patris ad dotem filiae dandam für eine obligatio civilis hält. Er ist aber deshalb von *Ant.* Schulting in Diss. de naturali obligatione Cap. VII. widerlegt worden.

72) *L.* 5. §. 1. *D. de agnoscend. et alend. liber.*

73) *L.* 5. *D. de divort.* *L.* 10. *pr.* *L.* 59. *D. Soluto matrimon.* *L.* 71. *D. de evict.*

74) S. Ernst Christ. Westphals rechtl. Abh. von dem Anfall des Heyrathsguts bey Trennung der Ehe. Halle 1779. 4. §. 6. Not. f.

75) *L.* 20. *Cod. de nupt.* S. den 23. Th. dieses Comment. §. 1196. S. 21.

76) *Nov. CXV. cap.* 3. §. 11.

Justinian bey Entscheidung der Controvers in der *L. ult. Cod. de dotis promiss.* zwischen der emancipirten Tochter und derjenigen, welche noch in potestate ist, keinen Unterschied macht. Es ist denn aber auch nicht zu verwundern, wenn so viel angesehene Rechtsgelehrten [77]) auch bey der Verpflichtung des Vaters zur Dotation seiner Töchter keinen Unterschied machen, ob sie noch in väterlicher Gewalt sind, oder nicht. In der That können auch selbst diejenigen Rechtsgelehrten, welche bey den Worten der *L.* 19. *D. de R. N.* stehen bleiben, und auch die Worte der *L. ult. Cod. de dotis promiss.* Non incognitae sunt leges blos darauf beschränken, nicht umhin, ihre Meinung dahin zu

77) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 12. *Hub.* Giphanius Explanat. difficil. et celebrior. LL. Cod. ad L. ult. de dotis promiss. pag. 394. in fin. *Sam.* Stryk Us mod. Pand. Cont. III. h. t. §. 2. *Ge. Ad.* Struv Synt. iuris civ. P. II. Exercit. 30. Th. 3. *Pet.* Müller ad Eundem c. l. not. ε. pag. 420. sq. *Just. Henn.* Boehmer Introd. in ius Dig. h. t. §. 3. *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. P. II. h. t. Qu. 2. pag. 156. *Jo. Ortw.* Westenberg Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 24. *Corn. van* Eck Dig. P. II. h. t. §. 5. p. 85. Heineccius Comm. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 20. §. 3. pag. 337. in fin. Reiding Diss. cit. ad L. 19. D. de R. N. (in Oelrichs *Thes. Diss. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. pag. 301.) *Ern. Aug. Gull. von dem* Bussch Exercit. qua dos profectitia, vivo patre, liberis ex filia emancipata in matrimonio mortua superstitibus, iure communi vindicatur. (*Göttingae* 1749.) §. 9. *Jul. Frid.* Malblanc Princip. iuris Rom. P. II. Sect. ult. §. 627. not. h. Thibaut System des Pand. Rechts. 1. B. §. 443. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 678. (3. Ausg. Altona 1822.) Zauner Introd. in ius Dig. P. I. Lib. II. Tit. 6. §. 5. u. a. m.

modificiren, daß wenn die emancipirte Tochter arm ist, und ohne Heyrathsgut keine anständige Heyrath schließen kann, der Vater in diesem Falle officio magistratus genöthiget werden könne, auch seiner emancipirten Tochter ein Heyratsgut zu geben[78]. Da nun, wie wir gleich zeigen werden, der Vater einer solchen Tochter, welche ein eigenes hinlängliches Vermögen hat, ohnehin kein Heyrathsgut zu geben schuldig ist, wenn sie sich auch noch in väterlicher Gewalt befindet; so zerfällt hierdurch die gegenseitige Meinung in sich selbst. Der Vater ist also

3) nur einer solchen Tochter einen Brautschatz zu geben schuldig, welche kein eigenes Vermögen hat, woraus ihr ein angemessenes Heyrathsgut gegeben werden könnte. Zwar sind auch hierin die Rechtsgelehrten nicht einverstanden. Mehrere[79] sind nämlich der Meinung, daß der Vater ohne Unterschied einer reichen Tochter so gut, als einer unvermögenden, einen Brautschatz mitzugeben schuldig sey. Sie sagen, die Gesetze, welche dem Vater die Dotationspflicht auflegen, redeten ganz allgemein, sodann aber trete

78) Man sehe Bachov ad Treutlerum Vol. II. Disp. VII. Th. 2. lit. D. Vinnius Selectar. iuris Quaest. Lib. II. cap. 14. Hombergk zu Vach Diss. cit. §. 28. pag. 47.

79) Sichard Comm. ad L. fin. Cod. de dotis promiss. Alciatus Parergor. Lib. VIII. cap. 3. *Ev.* Bronchorst Εναντιοφαν. Cent. III. Assert. XIV. Voet Comm. ad Pand. P. II. §. 11. *Sam.* Stryk Us. mod. Pand. Cont. III. h. t. §. 2. Zoesius Comm. ad Pand. h. t. nr. 8. *Just. Henn.* Boehmer Introd. in ius Dig. Tom. II. h. t. §. 3. Westenberg Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 24. *Corn. van* Eck Princ. iuris civ. sec. ord. Digestor. P. II. h. t. §. 5. pag. 85. Heineccius ad L. Jul. et Pap. Popp. pag. 337. in fin.

ja die dos in die Stelle des Pflichttheils, und werde darin eingerechnet, der Pflichttheil aber gebühre der reichen Tochter, wie der armen. Alles kommt hier auf die ganz entscheidende *L. ult. Cod. de dotis promissione* an, eine von den funfzig Decisionen des Kaisers Justinian, gegeben unter dem Consulat des Lampadius und Orestes 530. und gerichtet an den Praef. praet. Johannes. Sie lautet folgendermassen:

Si pater dotem pro filia simpliciter dederit, vel pro filio ante nuptias donationem fecerit, habeat autem filius, vel in potestate constitutus, vel forte emancipatus, res maternas, vel ex alio modo tales, quae acquisitionem effugiunt, quarum ususfructus solus apud patrem remanet, vel quocunque modo [80]) poterat quasdam actiones contra patrem habere: dubitabatur apud veteres, utrumne videretur pater ex ipso debito dotis vel ante nuptias donationis [81]) fecisse promissionem, vel dationem, ut sese ab huiusmodi nexu liberaret, an debitum quidem remaneret in sua natura, liberalitas autem paterna dotem, vel ante nuptias donationem dare suggessisset. Et in tali dubitatione multa pars legumlatorum sese divisit, alio etiam incremento huiusmodi quaestioni addito, si forte dixerit in instrumento dotali, ex rebus paternis et maternis dotem vel ante nuptias donationem dare: Utrum pro dimidia parte videatur

80) *Claud.* Chevallonius liest: vel quocunque *alio* modo.

81) Die Spangenbergische Ausgabe liest hier vel ante nuptias *dationis*. Unstreitig ein Druckfehler, denn so liest keine einzige Ausgabe.

datio vel promissio facta esse, an pro rata portione utriusque substantiae. Utramque igitur dubitationem certo fini tradentes sancimus, *si quidem nihil addendum existimaverit, sed simpliciter dotem, vel ante nuptias donationem dederit, vel promiserit: ex sua liberalitate hoc fecisse intelligi, debito in sua figura remanente. Neque enim leges incognitae sunt, quibus cautum est, omnino*[82]) *paternum esse officium, dotem vel ante nuptias donationem pro sua dare progenie.* Liberalitas itaque talis remaneat vera et irrevocabilis, ut puro nomine et liberalitas et debitum suam sequantur fortunam. Ubi autem ex rebus tam suis, quam maternis, vel aliis, quae non acquiruntur, vel ex suis debitis dixerit se fecisse huiusmodi liberalitates: tunc, si quidem penitus inopia tentus est, ex illis videri rebus dotem vel ante nuptias donationem esse datam, quae ad filios vel filias pertinent. Si vero et ipse substantiam idoneam possidet, in hoc casu quasi de suo patrimonio dotem, vel ante nuptias donationem dedisse intelligatur. Poterat enim secundum suas vires dotem pro filia, vel ante nuptias donationem pro filio dare, et consentire filiis suis, quando voluerint partem, vel forte totam suam substantiam, quam habent, paternae liberalitati pro dote, vel ante nuptias donatione aggregare: ut revera appareat, quid ipse velit

82) Die Pariser Ausgabe ex officina *Claudii* Chevallonii 1526. 8. liest *omnimodo*, und diese Lesart stimmt auch mit den Scholien der Basiliken Tom. IV. pag. 644. überein, wo es heißt: παντὶ τρόπῳ πατρῷον ὀφφίκιον εἶναι.

dare, et quid de substantia filiorum proficiscatur: ne, dum effuso sermone sese iactet, in promptum incidat sui periculum.

Justinian entscheidet hier über die Auslegung einer zweifelhaften Handlung des Vaters. Sie betrifft den Fall, wenn der Vater für die Tochter einen Brautschatz, oder für den Sohn eine donatio ante nuptias bestellt. Ob beyde noch in väterlicher Gewalt sind, oder nicht, darauf soll nichts ankommen. Wenn nun die Kinder ein eignes Vermögen haben, welches der Vater in Händen hat, gleichviel, ob er es als ihr Peculium vermöge des Rechts der väterlichen Gewalt benutzt, oder es als Curator derselben verwaltet [83]), oder sonst ein Schuldner seiner Kinder ist; und der Vater hat sich bey der Dotation nicht erklärt; so entsteht die Frage, was im Zweifel anzunehmen sey, ob nämlich die Bestellung der dos, oder der donatio ante nuptias von dem Vermögen der Kinder, oder von dem eigenen Vermögen des Vaters geschehen sey? Justinian sagt, die alten Rechtsgelehrten, diese versteht er wohl unstreitig unter legum latores, dieselben werden ja auch in den Pandecten iuris auctores, conditores iuris, und iura constituentes genennt, also die alten Rechtsgelehrten seyen darüber im Zweifel gewesen. Zu ihrer Zeit konnte wohl diese Frage nur hauptsächlich bey solchen Kindern vorkommen, welche sui iuris waren. Denn noch Ulpian sagt [84]): *Qui in aliena potestate*

83) Von dem patre, filiae suae curatore, περὶ πατρὸς κουρατωρένοντος τῆς ἰδίας θυγατρὸς spricht auch der griechische Scholiast *Basilicor.* Tom. IV. pag. 644. Sch. q.

84) *L.* 10. §. 1. *D. de acquir. rer. dom.*

est, nihil suum habere potest; ja er setzt den Grund, warum ein filiusfamilias kein Testament machen kann, ausdrücklich darin: *quia nihil suum habet, ut testari de eo possit*[85]). Einige scheinen nun der Meinung gewesen zu seyn, der Vater habe den Brautschatz für die Tochter aus ihrem Vermögen gegeben, um dadurch seiner Schuld entledigt zu werden. Deutliche Spuren davon finden sich in den Pandecten nicht. Die Stellen[86]), welche Emund Merille[87]) anführt, gehören wenigstens nicht hierher. Der ganz entgegengesetzten Meinung war Papinian, welchen Ulpian anführt in einer Stelle[88]), die schon oben vorgekommen ist. Vielleicht gab es auch Rechtsgelehrten, die einen Mittelweg einschlugen, nämlich der Vater habe die dos theils aus seinem eigenen Vermögen, theils aus dem Vermögen der Tochter gegeben[89]). Dem sey nun, wie ihm wolle, genug Justinian entscheidet diese Controvers so, daß wenn sich der Vater nicht ganz bestimmt darüber erklärt, sondern die dos oder donatio propter nuptias schlechthin gegeben oder versprochen hat, angenommen werden solle, er habe sie aus seinem Vermögen bestellt, ohne seine Schuld damit tilgen zu wollen, und diese Entscheidung findet denn nun auch Statt, die

85) *Fragm. Tit.* XX. §. 10.

86) *L.* 41. §. 11. *D. de legat. III. L.* 22. §. 3. *D. Soluto matrimon.*

87) Exposition. in quinquaginta Decision Justiniani. Nr. XXV. (Oper. *Neapoli* editor P. II. pag. 73.)

88) *L.* 5. §. 12. *D. h. t.*

89) Merillius c. l. beruft sich auf *L.* 34. *D. de negot. gest.* und *L.* 25. §. 16. *D. de heredit. petit.* welche aber eigentlich nicht hierher gehören.

Kinder mögen noch in väterlicher Gewalt, oder sui iuris seyn, weil zu Justinians Zeiten die Kinder nun schon längst auch während der väterlichen Gewalt ein eignes Vermögen erwerben konnten. Der Grund seiner Entscheidung ist merkwürdig, weil der Vater nach den Gesetzen *omnino*, das heißt, nach der Erklärung des griechischen Scholiasten *omni modo*, also in dem einem Falle, wie in dem andern, verpflichtet sey, seinen rechtmäßigen Kindern, (denn nur von solchen wird das Wort progenies gebraucht) eine dos oder donatio ante nuptias zu geben. Ganz unrichtig hat man nun aber aus dieser gesetzlichen Verpflichtung des Vaters schließen wollen, daß der Vater auch eine reiche Tochter aus seinem Vermögen auszusteuern schuldig sey. Mit mehrerem Grunde läßt sich vielmehr das Gegentheil daraus schließen. Denn die Verordnung des Kaisers soll nur in dem Falle eintreten, wenn der Vater bey der Bestellung der Brautgabe nicht ausdrücklich bestimmt hat, aus welchem Vermögen er dieselbe habe geben wollen. Hat also der Vater gleich Anfangs ausdrücklich erklärt, daß er die dos aus dem Vermögen der Tochter gebe, so muß sich die Tochter damit begnügen, wenn nämlich ihr eigenes, z. B. mütterliches Vermögen soviel beträgt, als ihr nach den Gesetzen von dem väterlichen Vermögen zu einer standesmäßigen Mitgabe gebührt hätte, im Falle sie ohne eignes Vermögen gewesen wäre. Mehr kann die Tochter nicht verlangen [90]. Denn nun fällt aller Grund weg, warum der Vater noch ein besonderes Heyrathsgut seiner Tochter mitgeben müßte. Hätte der Vater in diesen Falle nicht freien Willen, ob er die Tochter dotiren wolle, oder nicht, wie könnte das Gesetz von einer paterna liberalitas sprechen? Was

90) *L.* 69. §. 3. *D. h. t.*

man aus gesetzlicher Nothwendigkeit thut, ist doch gewiß keine Freygebigkeit.

Das Gesetz entscheidet aber noch einen andern Fall. Wie wenn der Vater erklärt hätte, daß er den Brautschatz theils aus seinem, theils aus der Tochter Vermögen bestellt habe? Hier macht das Gesetz einen Unterschied, ob der Vater arm oder reich ist. In dem erstern Falle soll anzunehmen seyn, der Vater habe die dos aus dem Vermögen der Tochter geben wollen, in dem letztern aber aus seinem eigenen Vermögen. Denn er hätte sich hier deutlicher erklären sollen, was und wieviel er aus seinem Vermögen geben wolle, und wie viel die Tochter aus dem ihrigen dazu beytragen solle. Daher soll nun die Erklärung gegen ihn gemacht werden. Eine freylich sonderbare Entscheidung, von welcher Wissenbach[91]) sagt: Quid obtusius et Boeotico ingenio convenientius dici potest? Der Kaiser Leo[92]) hob sie daher wieder auf, weil sie auch der Billigkeit entgegen zu streiten scheint. Franz Ragueilus[93]) meint zwar, es sey vernünftiger, daß in diesem Falle das Heyrathsgut von beyden, dem Vater und der Tochter, zu gleichen Theilen zu bestellen sey. Allein da in Teutschland die Novellen des Kaisers Leo nicht recipirt sind, sondern nur das justinianeische Recht gilt, so muß es bey dieser Verordnung bleiben, soweit nicht die besondern Gesetze eines Landes dieselbe abgeändert haben. Es

91) Commentar. in libros VII. prior. Cod. ad L. ult. de dotis promiss. pag. 418.

92) *Nov. XXI.*

93) Commentar. ad Constitut. et Decision. Justiniani. Lib. V. ad L. ult. Cod. de dotis promiss. pag. 305.

hat auch Ulrich Huber[94]) die Verordnung des K. Justinian gegen Wissenbachs Angriffe zu vertheidigen gesucht. Durch diese Verordnung des Kaisers Justinian widerlegen sich nun die oben angeführten Gründe der entgegengesetzten Meinung von selbst, unter welchen der Schluß vom Pflichttheile auf die Brautgabe auffallend nichtig ist, wie schon längst von andern gezeigt worden[95]).

Uebrigens hört die Verbindlichkeit des Vaters, seiner Tochter einen Brautschatz zu geben, nicht auf, wenn sie auch schon verheyrathet ist. Zwar scheint der Zweck der

94) Praelect. ad Pand. h. t. §. 8.

95) Man vergleiche Carpzov Jurisprud. for. P. II. Const. XLII. Def. 13. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Tenetur. *Oper.* Tom. II. pag. 500. Vinnius Selectar. iuris Quaestion. Lib. II. cap. 14. Verb. Praecipua vero. *Ant.* Merenda Controvers. iuris Lib. III. cap. 14. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. P. II. h. t. §. 10. *Aug. a* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. CCCIII. medit. 10. *Jo. Ulr.* de Cramer Observation. iuris univ. Tom. II. P. I. Obs. 542. *Ulr.* Huber Praelection. ad Pand. h. t. §. 5. *Car. Gottl.* Knorre Diss. de dote filiae locupletis. *Halae* 1756. *Frid. Es. a* Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 150. Carl Adolph von Braun, ob der Vater der reichen Tochter ein Heyrathsgut aussetzen müsse? in den Erlang. gelehrt. Anzeigen auf das J. 1750. Nr. 12. und in Siebenkees iurist. Magazin. B. 1. Nr. XVII. Homberg zu Vach Diss. cit. de obligatione patris ad constituendam dotem non promissam. §. 27. Malblanc Princip. iur. Rom. P. II. Sect. ult. §. 627. Not. i. Walch Introd. in controv. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. I. §. 15. Müller Observat. pract. ad Leyserum. Tom. III. Fasc. II. Obs. 540.

Dotation nun erreicht zu seyn, und daher die Nothwendigkeit derselben wegzufallen. Dieß meint auch wirklich Leyser [96]), und schon vor ihm Anton Merenda [97]); und Stigliz [98]) unterstützt diese Meinung noch durch den Grund einer stillschweigenden Renunciation. Aemil. Ludw. Hombergk zu Vach [99]) hat aber dagegen sehr gründlich erinnert, daß es die Gesetze dem Vater nicht blos zur Pflicht machen, den Töchtern, durch Verweigerung der Einwilligung, im Heyrathen nicht hinderlich zu seyn, sondern er soll ihnen auch ein Heyrathsgut geben, wenn sie kein eignes hinlängliches Vermögen dazu haben. Da nun der Brautschatz hauptsächlich dazu dient, die Lasten der Ehe davon zu bestreiten, welche nach vollzogener Ehe erst ihren Anfang nehmen; so bleibt das Recht der Tochter einen Brautschatz zu fordern auch noch, nach schon erfolgter Ehe, um so mehr fortdauernd, als durch Vorenthaltung desselben Mißvergnügen unter den Ehegatten, und Ehescheidung gar leicht veranlaßt werden könnte [100]). Ein Rechtsverzicht wird auch im Zweifel nie vermuthet, und kann aus dem Mangel einer des Brautschatzes wegen vor der Ehe getroffenen Verabredung nicht gefolgert werden. Diese Meinung hat auch den Beyfall mehrerer angesehener

96) Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. CCCIII. medit. 11.

97) Controversiar. iuris Lib. III. cap. 11.

98) Diss. cit. de necessitate patris conditionem filiabus quaerendi. §. VIII. pag. 21. Dieser Meinung stimmt auch *Car. Frid.* Walch Introd. in controv. iur. civ. Sect. I. Cap. II. Membr. I. §. 17. bey.

99) Diss. de obligatione patris ad constituendam dotem non promissam. §. 31.

100) Dieser Grund wird selbst in den Gesetzen berücksichtiget. Man sehe *L. ult. Cod. ad SCtum Vellejan.*

Rechtsgelehrten [1]) für sich. Es muß nur die Ehe mit Einwilligung des Vaters, sie sey nun eine ausdrückliche oder stillschweigende, geschloßen worden seyn. Denn hatte der Vater gerechte Ursache seine Einwilligung in die Ehe der Tochter zu versagen, die Ehe ist aber doch gegen seinen Willen heimlich vollzogen worden, und zwar unter solchen Umständen, wo der Vater z. B. wegen des nach der Lehre der Katholiken vorhandenen Hindernisses des Ehesacraments, die Nullität der Ehe nicht bewirken kann; so kann er in diesem Fall zur Bestellung einer Brautgabe nicht für schuldig erkannt werden [2]).

Es entsteht hierbey noch eine andere sehr streitige Rechtsfrage, nämlich ob nicht der Vater auch zur Redotation gesetzlich verpflichtet sey, wenn das der Tochter gegebene Heyrathsgut bey ihr verloren gieng? Viele sowohl ältere [3]), als neuere Rechtsgelehrten [4]) tragen kein Be-

1) *Ulr.* Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. pag. 203. *Jo. Henr. de* Berger Oecon. iuris. Lib. I. Tit. 3. Th. X. Not. 5. *Car. Christ.* Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 421. *Jul. Frid.* Malblanc Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 627. pag. 684. *Ant. Fr. Just.* Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 443.

2) S. *L. 7. Cod. de nupt.* und vergleiche noch *Ant.* Merenda Controv. iuris Lib. III. cap. 12. Voet Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 13. Malblanc Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 627. Thibaut a. a. O. Man sehe auch *Chr. Henr.* Breuning Diss. de dote filiae, quae citra patris consensum nupsit. *Lips.* 1767.

3) *Udalr.* Zasius Comm. ad §. 29. I. de action. nr. 35. (*Oper.* Tom. IV. *Lugd.* 1550. f. pag. 119.) *Jo.* Sichard Praelect. ad Cod. in L. ult. de dotis promiss.

denken diese Frage zu bejahen. Andere [5]) hingegen verneinen sie schlechterdings. Es kommt aber bey deren richtigen Entscheidung auf den Unterschied folgender Fälle an. Die Brautgabe gieng nämlich entweder durch eigene Schuld der Frau verloren, oder durch einen Zufall, der ihr nicht zur Last gelegt werden kann. In dem ersten Falle kann wohl natürlich von keiner Redotationsverbindlichkeit des Vaters die Rede seyn. Hier tritt die bekannte Rechtsregel ein, Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur sentire [6]). In dem andern Falle, da die Brautgabe ohne Schuld der Frau verlohren gieng, kann der Grund entweder darin liegen, weil das Heyrathsgut evincirt worden ist, oder es ist sonst durch einen Unglücksfall zu Grunde gegangen. Tritt jener Fall ein,

Ant. Faber Cod. Sabaud. Lib. V. Tit. 6. Def. 13. *Ant.* Mornacius Comm. ad. L. 19. D. de Rit. Nupt. *Jo. Jac.* Wissenbach Exercit. ad Pand. P. 1. Disp. XLVI. Th. 18. *Ant.* Perez Praelect. in Cod. Lib. V. Tit. 11. nr. 12. *Ulr.* Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. *Mich.* Grass de redotatione, eiusque iure. *Tub.* 1627. §. 12.

4) Hofacker Princ. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 421. Malblanc Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 627. p. 648. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 443. Walch Controvers. iur. civ. c. 1. §. 18.

5) *Franc. Car.* Conradi Diss. de patre, filiam, quae dotem amisit, iterum dotare non cogendo. *Lipsiae* 1726. *Gottfr.* Mascov Electa dotalia. §. 19. und Zimmern: es giebt keine gesetzliche Pflicht zur Redotation; (im Archiv für die civilist. Praxis, herausgegeben von Gensler, Mittermaier und Schweitzer. 2. B. Nr. XV. S. 201 — 206.)

6) *L. 203. D. de Regulis iur. Nov. XCVII. cap. 6. pr.*

so kommt es auf die Frage an, ob und wieweit der Vater zur Evictionsleistung verpflichtet sey? Diese Frage ist zwar schon an einem andern Orte [7]) erörtert worden, ich kann aber diese Gelegenheit nicht übergehen, um in Ansehung der oben von mir behaupteten Meinung aus Liebe zur Wahrheit Einiges zu berichtigen. Ich bin zwar noch immer von der Wahrheit meiner Meinung überzeugt, daß in Gemäßheit der *L. 1. C. de iure dot.* ein Unterschied zu machen sey, ob ein Heyrathsgut versprochen, oder dasselbe ohne ein vorhergegangenes Versprechen gegeben worden sey. Denn nichts kann deutlicher, als die Worte seyn: Evicta re, quae fuerat in dotem data, *si pollicitatio vel promissio fuerit interposita*, gener contra socerum, vel mulierem, seu heredes eorum, *condictione*, vel ex *stipulatione*, agere potest. Ich bleibe also fest dabey, daß wenn der Vater ein Heyrathsgut versprochen hat, er für die Eviction einstehen müße. Man hat zwar dagegen einwenden wollen, die Worte: si *pollicitatio* vel *promissio* fuerit interposita seyen nicht von einem vorangegangenem Versprechen der dos, sondern der Evictionsleistung zu verstehen [8]). Man hätte aber doch erst die von mir angegebenen gewiß überzeugenden Gründe näher prüfen sollen, ehe man den Stab darüber gebrochen hat. Daß die angeführten Worte ganz unrichtig von einer durch Vertrag übernommenen Verbindlichkeit zur Evictionsleistung erklärt werden, erhellet schon daraus, weil in dieser Beziehung die Ausdrücke pollicitatio und promissio nie mit einander verbunden werden.

7) S. den 20. Th. dieses Commentars §. 1117. S. 198 f.

8) S. Thibaut civilist. Abhandlungen S. 57. und besonders Zimmern im Archiv für die civil. Praxis. 2. B. S. 203. Not. 3.

Zur Begründung einer solchen Verbindlichkeit war eine Stipulation erforderlich, und die Klage war die actio ex stipulatu. Dieß beweisen alle Gesetze des Titels der Pandecten de evictionibus und unzählige andere. Der Ausdruck *pollicitatio* hingegen kommt in dieser Beziehung nicht ein einzigesmal vor, und kann auch nicht vorkommen. Denn offenbar wird hier dieses Wort, im Gegensatz von stipulatio, für nuda promissio genommen, und ist dem Ausdruck dictio dotis von Tribonian substituirt worden, weil nach dem justinianeischen Rechte schon aus dem bloßen Versprechen einer dos geklagt werden konnte, ohne daß es der noch zu den Zeiten der Kaiser Severus und Antoninus erforderlichen Feyerlichkeit einer Diction oder Stipulation weiter bedurfte. Daher werden die Ausdrücke pollicitatio und stipulatio oder promissio besonders da mit einander verbunden, wo von der Bestellung einer Brautgabe die Rede ist. Unter mehreren mag hier folgende Stelle zum Beweise dienen.

L. 13. *Cod. h. t.* Si a matre vestra superstite aliquid ad vos pertinens, in dotem scienti vitrico vestro datum est: intelligitis nullam firmitatem iuris dationem habere, *si neque pollicitatio, neque stipulatio intercessit.*

Hier ist nun offenbar von keinem Versprechen einer Evictionsleistung, sondern von einer dos die Rede, welche darum ungültig war, weil fremde Sachen dem Manne, welcher dieses wußte, zum Brautschatze waren gegeben worden. Er konnte also deswegen auch keine Evictionsleistung verlangen, wenn ihm nicht etwa ein Brautschatz ausdrücklich wäre versprochen worden. Hier

kommen nun die nämlichen Worte, wie in der *L.* 1. *C. h. t.* vor, sie müßen also auch in dem einen Gesetz, wie in dem andern erklärt werden. Daß sie aber nicht von dem Versprechen einer Evictionsleistung, sondern von dem Versprechen einer dos zu verstehen sind, bestätigen auch die Basiliken, und ihre Scholiasten. Die *L.* 13. lautet in den Basiliken [9]) folgendermaßen:

Ἐὰν γυνὴ τὸ ἀλλότριον εἰς προῖκα παράσχῃ εἰδότι τῷ ἀνδρὶ ἀλλότριον εἶναι τὸ πρᾶγμα, οὐδεμίαν δυνάται ἐκεῖνος ἔχειν ἀγωγὴν ἐκδικουμένου τοῦ πράγματος· εἰ μὴ ἄρα ἡ ἐπαγγελία προικὸς, ἢ ἐπερώτησις παρηκολούθησεν· τότε γὰρ ἔχει τὴν ἀγωγὴν τὴν ἀπαιτοῦσαν τὴν προῖκα. i. e. *Si mulier rem alienam in dotem marito scienti dederit, nullam re evicta actionem habere potest: nisi pollicitatio dotis vel stipulatio secuta fuerit: tunc enim actionem habet, qua dos exigitur.*

Der griechische Scholiast [10]) macht nun bey den Worten *ex stipulatione* die Bemerkung: *Εἰ μὲν κέρτα ἦν ἐπαγγελία, κονδικτίτξιος ἦν. εἰ δὲ ἰνκέρτα, ἐξ στιπουλάτου· ἰνκέρτα δέ ἐπαγγελία ἦν, ὡς τὸ δίδωμί σοὶ προῖκα ὅσην ἐὰν δοκιμάσω. ἔῤῥωται γὰρ ἡ τοιαύτη τῆς προικὸς ἐπαγγελία.* i. e. *Nam si quidem certa erat stipulatio, erit condictio: si vero incerta, actio ex stipulatu. Incerta autem est pollicitatio, ut, Do tibi dotem, quantam arbitratus fuero. Valet enim eiusmodi dotis promissio.*

Dennoch soll diese Erklärung der *L.* 1. *C. h. t.* mit *L.* 69. §. 7. *D. eodem* in offenbarem Widerspruche stehen,

9) Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 1. Const. 100. pag. 535.

10) *Basilica* Tom. IV. pag. 644. Schol. t.

wo gesagt wird, sofern die dos nicht käuflich überlassen war, rebus evictis, si mulier bona fide eas dederit, *nulla est actio viro*, alioquin de dolo tenetur. Gerade daßelbe sage auch die *L.* 1. *C. cit.* von der dos necessaria. Wie man hier hat einen Widerspruch finden können, ist in der That unbegreiflich. Man erkläre nun die Worte der *L.* 1. *cit.* entweder von dem Falle, daß die dos selbst, oder von dem, daß die Evictionsleistung versprochen worden ist, so ist der eine Fall so wenig, als der andere von Papinian angeführt. Zum Beweise, daß Papinian hier nicht so vollständig die Fälle der Evictionsleistung angegeben habe, wie es in der *L.* 1. *C. h. t.* geschehen ist. Steht nun dieses Gesetz nach meiner Erklärung mit *L.* 69. §. 7. in offenbarem Widerspruche, so muß derselbe offenbare Widerspruch auch nothwendig nach der entgegengesetzten Erklärung Statt finden. Daß aber eine versprochene dos die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung in dem Falle begründe, wo weder eine käufliche Ueberlassung der dos geschehen, noch ein Dolus erweislich ist, haben auch die griechischen Ausleger bey der Erläuterung der *L.* 69. *cit.* mit Beziehung auf *L.* 1. *C. cit.* bemerkt [11]). Folgende Worte sind hier merkwürdig.

Διὰ τοῦτο δὲ τὴν δὲ δόλϙ, καὶ οὐ τὴν περὶ προικὸς ἐξ στιπουλάτου κινει, ἐπειδὰν οὐδαμοῦ τεθεμάτισται ἡ γυνὴ πρὸ τῆς δόσεως τῶν πραγμάτων ἐπερωτηθείσης ἢ ὑποσχομένης, τινὰ διδόναι λόγῳ προικός. εἰ γὰρ πρὸ τῆς δόσεως ἔτυχεν ἐπερωτηθεῖσα, καὶ οὕτω δέδωκεν, εἶτα ἐξεκινήθητά δεδομένα· κἂν

11) *Basil.* Tom. IV. p. 622. Sch. z. Wer den Werth der griechischen Scholien in den Basiliken noch nicht kennt, der lese die Vorrede zu HAUBOLD Manuale Basilic. *Lips.* 1819. 4.

μὴ τὴν ἐξ ἔμπτο δυνάται κινεῖν ὁ ἀνὴρ ἀδιατιμήτων ὄντων τῶν πραγμάτων, ὅμως τὴν ἐξ στιπουλάτου κινεῖν, ὡς μήτε δεδόσθαι τῶν πραγμάτων δοκούντων, ἀλλ' ὑπομεῖναι τῆς ἐπὶ προικὶ ἐπερωτήσεως, ἢ ὑποσχέσεως. καὶ ἐν τῷ λγ'. διγ. σοι παραδέδοται. εἶπον δέ σοι πολλάκις, ὅτι εἴτε γένηται ἐπερώτησις ἐπὶ ἐπιδόσεως προικὸς, εἴτε ἄχρηστος γένηται; εἴτε μηδὲ ὅλως γένηται ἐπερώτησις, ἀλλ' ὑπόσχεσις, χώρα τῇ ἐξ στιπουλάτου, ὡς ἀνήνεκται βιβ. ε. τοῦ κώδικος τιτ. ιγ'. διατ. ά. i. e. *propterea autem agit de dolo, non de dote ex stipulatu, quoniam nequaquam proponitur, mulierem ante rerum dationem promissam, aliquid dedisse in dotem. Si enim promisisset ante dationem, et sic dedisset, deinde res datae evictae fuissent: etiam si maritus non posset ex empto agere, cum res sint inaestimatae, ageret tamen ex stipulatu, quod res videantur non esse datae, sed tantum promissae, idque traditum est in 33. Dig. saepe autem dictum est, quod sive in danda dote interposita sit stipulatio, sive inutilis fuit, sive nulla stipulatio interposita sit, sed nuda promissio, locus est actioni ex stipulatu, ut ostenditur libro V. Cod. Tit. 13. Const. 1.*

Wir finden aber auch dieses in den Pandecten selbst bestätiget. Pomponius und Ulpian werden uns dazu die Hand bieten. Erster sagt in einer aus *libro I. ex Plautio* genommenen Stelle, nämlich *L. 22. §. 1. D. de evictionibus.* Si pro evictione fundi, quem emit mulier, satis accepisset, et eundem fundum in dotem dedisset, deinde aliquis eum a marito per iudicium abstulisset: potest mulier statim agere

adversus fideiussores emptionis nomine, quasi minorem dotem habere coepisset, vel etiam nullam, si tantum maritus obtulisset, quanti fundus esset.

Die Frau hatte das Grundstück, was sie gekauft, dem Manne zur dos gegeben. Es würde aber von einem Dritten evincirt, wir wollen uns z. B. den Fall eines hypothekarischen Anspruchs denken. Die Frau hatte sich jedoch auf den Evictionsfall Caution durch Bürgen leisten lassen. Nun entstand die Frage, ob sie gleich gegen die Bürgen klagen könne? Darüber konnte wohl kein Zweifel entstehen, ob nicht vielleicht zuerst der Verkäufer zu belangen sey? Denn das war damals unbestrittenen Rechts, daß der Gläubiger, relicto reo, sogleich den Bürgen in Anspruch nehmen könne [12]). Vielleicht lag also der Zweifelsgrund darin, ob nicht etwa die Frau erst die Klage des Mannes gegen sie abwarten müße? Dieß meint Christfried Wächtler [13]). Allein davon sagt das Gesetz nichts. Wie wenn der Mann, um den Besitz des Grundstücks zu behalten, dem Kläger die auf dem Fundus haftende Pfandschuld bezahlt, und auf solche Art das Grundstück an sich gekauft hätte? War das Grundstück nicht mehr werth, so besaß es der Ehemann nun nicht mehr ex causa dotis, sondern ex novo titulo empti. Was brauchte er hier noch gegen die Frau zu klagen? Allein die Frau hatte durch die Eviction ihr Heyrathsgut verloren; oder erschöpfte die Pfandschuld etwa nicht den ganzen Werth des Fundus, so war ihr dos doch wenigstens we-

12) *L.* 3. §. *ult. D. de duob. reis. L.* 5. *Cod.* de fideiussorib.

13) Comm. ad h. L. in *Opuscul.* a *Christ. Henr.* Trotz edit. pag. 61. sq.

gen der Eviction vermindert worden. Auf keinen Fall konnte ihr daher die Eviction gleichgültig seyn. Also ihr Interesse leuchtet in die Augen. Es war solches um so weniger zu bezweifeln, da der Mann selbst weder gegen den ersten Verkäufer, noch gegen dessen Bürgen klagen konnte, weil die Stipulation wegen der Evictionsleistung nur von der Frau war eingegangen worden. Nur das allein blieb also noch im Zweifel, ob ihr jetzt schon, (statim) das heißt, schon während der Ehe, das Klagerecht zustehe, oder erst nach getrennter Ehe [14]? Denn die Frau besaß doch eigentlich das Grundstück selbst nicht mehr, was sie dem Mann zur dos gegeben hatte. Es war durch die dotis datio Eigenthum des Mannes geworden. Der Ehemann hatte folglich zunächst die Eviction erlitten. Das Interesse der Frau schien also erst nach aufgelößter Ehe einzutreten, wo sie das Heyrathsgut zurückfordern kann. Diesen wahren Zweifelsgrund lernen wir aus einer Stelle des Tryphoninus kennen, welcher *libro VI. Disputationum* [15]) denselben

14) S. Noodt Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. p. 505.

15) *L. 75. D. h. t.* Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est: et merito placuit, ut si in dotem fundum inaestimatum dedit, cuius nomine duplae stipulatione cautum habuit, isque marito evictus sit, *statim eam ex stipulatione* agere posse: porro cuius interest, non esse evictum, quod in dote fuit, quodque ipsa evictionem pati creditur ob id, quod eum in dotem habere desiit. Huius etiam *constante matrimonio*, quamvis apud maritum dominium sit, emolumenti potestatem esse creditur, cuius etiam matrimonii onera maritus sustinet. Die hier beybehaltene florentinische Lesart: *porro cuius interest*, mit welcher auch Cod. Erl. übereinstimmt, ist offenbar unrichtig. Haloander liest,

Fall vollständiger erörtert hat. Dennoch stimmen Pomponius und Tryphoninus darin überein, daß die Frau

daher *pro eo, quod* eius interest. Eben so *Lud.* Miraeus. *Petr.* Perenonius Animadversion. et variar. Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 8. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iuris Rom.* Tom. I. pag. 631.) hingegen liest nach Harmenopulus: *quia eius* interest. Es ist auch hier die Paraphrase des griechischen Scholiasten in den *Basilicis* Tom. IV. pag. 627. Sch. q. nicht zu verachten. Da heißt es: δῆλον γὰρ ὅτι αὐτῇ διαφέρει τὸ μὴ ἐκδικηθῆναι τὸν ἀγρὸν ὅν ἐπιδέδωκε λόγῳ προικός. καὶ ὅτι τῶν ἐπιδοθέντων τῶν πραγμάτων λόγῳ προικὸς ἐκ νικωμένων αὐτὴ τὴν ἐκνίκησιν ὑποστῆναι δοκεῖ, καθόπάνεται λοιπον ἔχειν τὸ ἐκνικηθὲν ἐν προικί. ὥσπερ δὲ τὴν δόυπλαν ἐκ δικωμένȣ τοῦ ἀδιατιμήτου ἀγροῦ δυνάται κινεῖν ἡ γυνὴ, οὕτω, κἂνσυνισταμένων ἔτι τῶν γάμων προσετέθη τῇ τῷ ἀγρῷ, τυχὸν ἐξ ἀλλυβίονος, κἂν τὰ μάλιστα δεσπότης ἐστιν ὁ ἀνὴρ του ἀγροῦ, ὅμως νενόμισται τὴν τοι αύτην προσθήκην τε καὶ διάθεσιν εἶναι τῆς γυναικὸς, ἧς τὰ τοῦ γάμου βάρη φέρειν ὁ ἀνὴρ ἀναγκάξεται. i. e. *Manifeste enim eius interest, fundum non esse evictum, quem in dotem dedit; et rebus in dotem datis ei evictis, ipsam evictionem passam videri, ob id, quod id, quod evictum est, in dotem habere desinit. Quemadmodum autem, fundo evicto, ex duplae stipulatione mulier agere potest, ita etiam si constante matrimonio fundo aliquid accessit, forte ex alluvione, quamvis maritus sit fundi dominus, censetur tamen haec adiectio et hoc incrementum mulieris esse, cuius onera matrimonii cogitur ferre maritus.* Man sieht zugleich hieraus, daß die florentinische Leßart: *cuius etiam* matrimonii onera maritus sustinet, mit der griechischen Version vollkommen übereinstimmt, und daher das von Haloander nach etiam eingeschobene Wort *causa* im Text nicht gestanden habe.

wegen der Evictionsleistung schon während der Ehe zu klagen ein gegründetes Interesse habe. Tryphonin lößt den Zweifel auf folgende Art. Da der evincirte Fundus nicht war ästimirt worden, so gehöre er doch eigentlich noch der Frau, wenn sich gleich die dos in bonis mariti befindet. Sie leide also mit durch die Eviction, weil sie dadurch ihr Heyrathsgut verloren habe. Da nun der Frau während der Ehe die accessio dotis gehört, und wegen ihrer der Mann die Lasten der Ehe trägt, so ziehe sie auch schon während der Ehe einen Vortheil von demjenigen Vermögen des Mannes, das zur Bestreitung der ehelichen Lasten gegeben worden ist.

Diese Erklärung mußte vorausgehen, weil sonst das folgende Gesetz, welches eigentlich hierher gehört, nicht verständlich seyn würde. Es ist eine Stelle des Ulpianus aus dessen *libro XXIX. ad Sabinum*[16]). Sie lautet folgendermassen:

Sed et si post mortem mulieris evincatur, regressus erit ad duplae stipulationem: *quia ex promissione maritus adversus heredes mulieris agere potest*; et ipsi *ex stipulatu* agere possunt.

Man setze nun, die Frau sey in der Ehe gestorben, und erst nach ihrem Tode sey der fundus dotalis evincirt worden; können auch die Erben derselben gegen den Verkäufer ex duplae stipulatione klagen? Es kommt darauf an, ob sie noch ein Interesse dabey haben, daß der fundus nicht evincirt worden sey. Dies können sie nun allerdings haben. Wie wenn der Ehemann durch den Tod der Frau vermöge der Ehepacten die dos lucrirt? Hier sind sie ja dem Manne ex promissione dotis

16) *L. 23. D. de evict.*

verbunden, die Eviction zu leisten [17]. Sie sind also anzusehen, als hätten sie die Eviction selbst erlitten. Daher können auch sie so gut, als ihrer Erblasserin ein Klagerecht zustand, ex stipulatu gegen den Verkäufer oder gegen die Bürgen klagen [18]. Hier ist offenbar von keinem von der Frau geschehenen Versprechen einer Evictionsleistung die Rede. Nein, schon das bloße Versprechen einer dos begründet an sich eine Verbindlichkeit zur Evictionsleistung, zu deren Sicherung das neuere Recht dem Ehemann sogar ein Pfandrecht an dem Vermögen desjenigen giebt, der ihm aus einem Versprechen den Brautschatz zu geben verpflichtet ist, es sey der Vater der Frau, oder die Frau selbst, oder ein Dritter. Die Worte der *L. un.* §. 1. *Cod. de rei uxoriae act.* in huiusmodi actione (sc. ex stipulatu) damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte mariti pro restitutione dotis; sive ex parte mulieris pro ipsa dote praestanda, vel *rebus dotalibus evictis:* sive ipsae principales personae dotes dederint, vel promiserint, vel susceperint, sive *aliae pro his personae:* et dos sive adventitia, sive *profectitia* sit, secundum veteris iuris nominationem, lassen keinen Zweifel übrig. Es ist und bleibt also unumstöß-

17) So erklärt auch POTHIER Pand. Justinian. Tom. I. Lib. XXI. Tit. 2. Nr. XL. not. b. die Worte: *ex promissione* maritus adversus heredes mulieris agere potest. Daher sagt auch *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. LXXXVII. Th. 10. ganz recht: In dote, si dationem praecesserit promissio, quoniam haec traditione rei alienae non est impleta, de evictione agi potest, und bezieht sich dabey auf die *L.* 1. *C. de iure dotium.*

18) S. WÄCHTLER Comm. ad h. L. in *Opyscul.* pag. 53.

liche Wahrheit, daß wenn der Vater ein Heyrathsgut versprochen hat, und dieses evincirt worden ist, derselbe zur Evictionsleistung und also zur Redotation verbunden sey, ja deshalb mit der actio ex stipulatu, oder mit einer condictio, ja sogar actione hypothecaria belangt werden könne.

Wie nun aber, wenn der Vater, ohne ein vorausgegangenes Versprechen, dem Schwiegersohn die dos für seine Tochter gegeben hätte, und diese evincirt worden ist, würde er nicht auch in diesem Falle schon darum, weil er gesetzlich dazu verpflichtet war, zur Redotation verbunden seyn? Dieses habe ich an einem andern Orte [19]) behauptet, und ich darf mich dieser Meinung auch eben nicht schämen, da sie die Auctorität mehrerer angesehener Rechtsgelehrten älterer und neuerer Zeit für sich hat. Ich glaube aber nunmehr darin geirrt zu haben. Davon überzeugt mich folgende Stelle aus des Paulus *libro XVI. Quaestionum.* Es ist *L. 71. D. de evictionibus.* folgendermaßen lautend.

Pater filiae nomine fundum in dotem dedit: evicto eo, an ex empto [20]), vel duplae stipulatio committatur, quasi pater damnum patiatur, non immerito dubitatur. Non enim, sicut mulieris dos est, ita patris esse dici potest: nec conferre fratribus cogitur dotem a se profectam, manente matrimonio. Sed videamus, ne probabilius dicatur, committi hoc quoque casu stipu-

19) S. den 20. Th. dieses Commentars §. 1117. S. 209.

20) *Cod. Erl.* ex empto *actio.* Eben so lesen Haloander, Baudoza, Miräus, Chevallonius und Merlinus.

lationem: interest enim patris, filiam dotatam habere, et spem quandoque recipiendae dotis: utique, si in potestate sit. Quod si emancipata est, vix poterit defendi, statim committi stipulationem: cum uno casu ad eum dos regredi possit. Numquid ergo tunc demum agere possit, cum mortua in matrimonio filia, potuit dotem repetere, si evictus fundus non esset? An et hoc casu interest patris dotatam filiam habere, ut statim convenire promissorem possit? Quod magis paterna affectio inducit.

Der Vater hatte das Grundstück gekauft, welches er der Tochter in dotem gegeben hatte. Es wird evincirt. Nun entsteht die Frage, ob der Vater wegen der Eviction sogleich gegen seinen Auctor ex emto auf das Interesse, oder, wenn er sich etwa für den Fall der Eviction vom Verkäufer das duplum stipulirt hätte, aus der duplae stipulatio zu klagen berechtiget sey, gleichsam als wenn er dadurch selbst Schaden litte? Es scheint, sagt Paulus, man habe Grund daran zu zweifeln. Denn während der Ehe habe ja der Vater keinen Nachtheil, weil die dos nicht ihm, sondern der Frau gehöre. Dieß sey so wahr, daß wenn ein emancipirter Sohn seiner Tochter ein Grundstück zur dos gegeben hätte, er dasselbe bey der väterlichen Erbschaft seinen in der väterlichen Gewalt gebliebenen Brüdern, während die Ehe besteht, nicht conferiren dürfte, ob er gleich übrigens sein ganzes seit der Emancipation erworbenes Vermögen in die väterliche Erbschaft einwerfen müsse [21]. Es scheine demnach an dem

21) *L. 4. D. de collat. bonor. L. 1. princ. et §. ult. D. eodem. L. 1. §. ult. D. de dot. collat.* War die Ehe

ersten Requisit zur Klage, dem Interesse, zu fehlen. Dennoch, fährt Paulus fort, scheine ein überwiegender Grund für den Vater zu streiten, nämlich der, der Vater habe, wegen der Hoffnung, die dos dereinst, wenn die Ehe wieder getrennt wird [22]), zurück zu erhalten, allerdings ein Interesse, daß seine Tochter dotirt sey [23]). Doch freylich nur, wenn die Tochter noch in der väterlichen Gewalt ist [24]). Denn bey einer emancipirten Tochter sey es mehrerem Zweifel unterworfen, ob der Vater schon während der Ehe aus der stipulatio duplae klagen könne, weil der Vater hier nur in einem Falle die dos profectitia wieder zurückerhalten könne, nämlich wenn die Tochter in der Ehe stirbt. Es scheine also das Recht des Vaters während der Ehe zu ruhen, und erst mit Trennung der-

durch den Tod der Tochter getrennt, und die dos wieder an den Vater zurückgekehrt, so mußte der emancipirte Sohn dieselbe allerdings conferiren, weil sie nun wieder zu seinem Vermögen gehörte. S. POTHIER Pand. Justin. Tom. I. Tit. de eviction. Nr. XLI. not. f.

22) Sowohl wenn die Ehe durch den Tod der Tochter, als wenn sie bey deren Leben durch divortium war getrennt worden.

23) *Jac.* CUJACIUS in Comment. ad libr. XVII. Quaestion. Pauli in h. L. 71. (*Operum* Tom. II. pag. 1189.) meint, es fehle hier Etwas im Text, nach den Worten: *filiam dotatam habere*, supplirt er die Worte: propter affectionem. Daß diese hier einzuschalten seyen, lehrten die Schlußworte.

24) Wird die Ehe beym Leben der Tochter durch divortium getrennt, so wird die dos, eiusque repetitio *patris et filiae communis* genennt. *L.* 2. §. 1. *L.* 3. *D. Soluto matrimon. dos quemadm. pet. L.* 7. *Cod. eodem. L.* 34. §. 6. *D. de solution.*

selben durch den Tod der Tochter wieder aufzuwachen, weil er nun erst die dos zurückfordern könnte, wenn der fundus nicht wäre evincirt worden. Er dürfte also auch wohl nicht eher wegen der Eviction gegen den Verkäufer klagen. Allein, fragt Paulus weiter, sollte nicht auch dieser eine Fall dem Vater ein genügendes Interesse geben, den Verkäufer auch schon während der Ehe zu belangen? Und für die bejahende Meinung muß dann nun der Grund der paterna affectio den Ausschlag geben. Diese natürliche Liebe des Vaters lasse nämlich zwischen einer filia, quae in potestate est, und einer filia emancipata keinen Unterschied Statt finden. — Guter Paulus, wäre nicht die Mühe zu bedauern, die du dir hier giebst, deine Meinung durch so weit hergeholte Gründe zu unterstützen, wenn der Vater zu einer Erneuerung der dos schon als Vater gesetzlich verpflichtet wäre? Wäre alsdann wohl ein Zweifel möglich gewesen? Ja würde nicht der einzige Grund der Redotation alle jene Gründe weit überwogen haben?

Da die Pflicht des Vaters zur Dotation seiner Töchter auf die natürliche Liebe gebaut ist[25]), wie bereits oben bemerkt wurde, diese aber, wie Paulus hier sagt, bey der filia emancipata dieselbe, wie bey der filia in potestate, ist; so läßt sich in der That kein Grund absehen, warum der Vater eine emancipirte Tochter, welche kein eigenes Vermögen hat, zu dotiren, weniger verpflichtet seyn sollte, als eine Tochter, die noch in väterlicher Gewalt ist. Und so gäbe uns denn Paulus zugleich noch einen neuen Grund, zur Bestärkung der oben vertheidigten Meinung, an die Hand.

25) *L. 1. §. 10. D. Si quid in fraudem patroni.*

Es ist noch der andere Fall übrig, nämlich wenn die dos durch irgend einen Unglücksfall zu Grunde gegangen ist. Hier ist die Regel entscheidend, welche Ulpian *libro* 29. *ad Sabinum* [26]) giebt, casus, qui sine culpa accidunt, *a nullo* praestantur, vermöge welcher der Vater von der Verbindlichkeit zur Redotation freyzusprechen ist.

Ob der Vater noch heut zu Tage zur Dotirung seiner Töchter verpflichtet sey, ist sehr streitig. Viele läugnen dieses aus mancherley Gründen. Einige [27]) sagen, dem Vater sey darum diese Pflicht aufgelegt worden, weil die lex Voconia die Töchter von der väterlichen Erbschaft ausgeschlossen habe. Sie habe also mit Aufhebung dieses Gesetzes von selbst aufgehört. Allein der Ungrund dieser Meinung ergiebt sich schon daraus, daß selbst noch Justinian [28]) sich auf die Gesetze beruft, welche dem Vater die Pflicht zur Dotirung seiner Töchter auflegen,

26) *L.* 23. *in fin. D. de reg. iur.*

27) *L. B. a* Wernher select. Observation. for. Tom. I. P. V. Obs. 127. *Jo. God.* Schaumburg Compend. iuris Dig. h. t. §. 1 — 5. Ferner unser Hellfeld. *Abr.* Wieling Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 23. pag. 205. behauptet sogar, die Lex Voconia habe selbst die Größe der dos bestimmt, weil sie der Tochter statt des Pflichttheils gedient habe. Allein man sehe *Maur.* Kind Diss. de Lege Voconia. *Lipsiae* 1820. Cap. IV. §. 31. und Zimmern über die Lex Voconia, in den römischrechtl. Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung von Neustetel und Zimmern. 1. B. Nr. XIII.

28) *L.* 7. *Cod.* de dotis promiss.

und deren fortdauernde Gültigkeit anerkennt [29]. Andere [30]) hingegen führen den Grund an, die Sitten der Deutschen wichen hierin ganz von den Sitten und der Denkungsart der Römer ab. Bey den Deutschen sey es ursprünglich gar nicht einmal gewöhnlich gewesen, daß die Frau dem Mann ein Heyrathsgut gegeben habe; vielmehr habe, nach dem Zeugniß des Tacitus [31]) der Mann der Frau eine dos überbracht, um ihr dadurch einen Unterhalt im Wittwenstande zu verschaffen. Wie nun auch nachher die römische Aussteuer der Frau bey den Deutschen üblich geworden, so habe man doch nie die dos für so nothwendig gehalten, wie bey den Römern. Den Deutschen habe auch die Beförderung der Ehen nie so am Herzen gelegen, als den Römern, welche durch Belohnungen und Strafen die Bürger dazu anzureitzen sich darum veranlaßt gefunden hätten, um den großen Verlust, den der Staat durch die bürgerlichen Kriege an streitbarer Mannschaft erlitten hatte, dadurch wieder zu ersetzen. Ueberdem sey es auch der Ehrbarkeit des deutschen Vaters zuwider, den Töchtern Männer zu verschaffen; der Vater dürfe ihnen nur nicht ohne rechtmäßige Ursache seine Einwilligung ver-

29) S. *Aem. Lud.* HOMBERGK ZU VACH Diss. de obligatione patris ad constituendam dotem non promissam, illiusque sublata quamvis lege Voconia cum ante tum post nuptias filiae contractas efficacia. *Marb.* 1770. und Ad. Diet. Weber's Versuche über das Civilrecht. S. 17. f.

30) *Gottl. Ger.* TITIUS Observation. in Comp. iuris Lauterbach. h. t. Obs. 770. und *Fr. Car.* CONRADI Diss. de patre filiam, quae dotem amisit, iterum dotare non cogendo. §. 24 et 25.

31) *De moribus Germanor.* cap. 18.

sagen, wenn sich eine Gelegenheit zur ehelichen Versorgung derselben findet [32]. Habe nun der Vater kein Heyrathsgut versprochen, so sey er auch heut zu Tage ein solches der Tochter mitzugeben rechtlich nicht verbunden. Nur zwey Ausnahmen will Hellfeld Statt finden lassen, 1) wenn der Vater solche Güter besäße, von deren Succession die Töchter ausgeschlossen wären; und 2) wenn der überlebende Ehegatte den Nießbrauch von den gemeinschaftlichen Gütern hätte. Allein da das römische Recht in Deutschland einmal recipirt ist, so muß es auch noch für den Fall gelten, wenn von der Verbindlichkeit des Vaters zur Dotirung seiner Töchter die Frage ist, wie auch die Praxis bestätiget [33].

Außer dem Vater liegt die Verbindlichkeit zur Dotation auch 2) dem väterlichen Großvater ob, nämlich wenn der Vater todt, oder selbst noch in väterlicher Gewalt ist, oder kein Vermögen hat, um seine Tochter ehelich aussteuern zu können [34].

32) Brouwer de iure connubiorum Lib. II. cap. 24. p. 664. in fin. et sq. sagt: Videtur hodie magis voluntatis et officii, quam necessitatis esse, dotare filias. — Hodie parentum non est, liberis conditiones quaerere et offerre: sed filiarum est, oblatas a procis nuptias parentibus indicare, eorumque consensum exorare, atque ut dotem constituant, blande extorquere.

33) S. Carpzov Jurisprud. for. P. II. Const. 42. Def. 12. Stryk Us. mod. Pand. Tom. II. h. t. §. 2. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. Tom. II. h. t. §. 9. Hofacker Princip. iur. civ. Roman. German. Tom. I. §. 421.

34) Lauterbach o. l. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 14.

3) Der Mutter haben die Gesetze die Dotationspflicht gegen ihre Tochter nur in ausserordentlichen Fällen aufgelegt, nämlich a) im Nothfall, wenn der Vater arm ist, und die Tochter auf keine andere Art ein Heyrathsgut erhalten kann, oder wenn der Vater todt ist, und die Tochter kein eignes Vermögen hat, dieselbe auch ohne dos keine anständige eheliche Versorgung erhalten kann [35]. b) Zur Strafe, wenn die Mutter eine Ketzerin, die Tochter aber eine orthodoxe Christin ist. Die hierher gehörigen Gesetzstellen sind.

L. 14. Cod. h. t. Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. *Basilissae.* Neque mater pro filia dotem dare cogitur, *nisi ex magna et probabili causa, vel lege specialiter expressa:* neque pater de bonis uxoris suae invitae ullam dandi habet facultatem.

Gerh. Noodt [36]) hält die hier unterschiedenen Worte, welche eine Ausnahme enthalten, für einen Zusatz von Tribonian. In den Basiliken [37]) sind aber diese Worte eben so befindlich: *εἰ μὴ ἀπὸ μεγάλης καὶ δεδοκιμασμένης, ἢ νόμῳ ἰδικῶς εἰρημένης αἰτίας.* Welche Ursach für eine erhebliche und wahrscheinliche zu halten seyn muß, da das Gesetz hierüber weiter nichts bestimmt hat, im vorkommenden Falle dem richterlichen Ermeßen anheimgestellt werden. Der griechische Scholiast Theodorus [38]) giebt hierüber folgende Erläuterung: Τί *γὰρ ὅτι ὁ πατὴρ*

35) Voet Comm. ad Pand. T. II. h. t. §. 14. Vinnius Selectar. iuris Quaest. Lib. II. cap. 14. §. Mater.

36) Comm. ad Dig. h. t. §. Ea ratione. pag. 500.

37) Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. I. Const. 101. pag. 536.

38) *Basilica.* Tom. IV. pag. 649. Sch. t.

τῆς κόρης πολλάκις δωρησάμενος αὐτῇ πάμπολλα πράγματα, ὕστερον ἠπόρησε, καὶ ἐτελεύτησεν ἐπὶ τοιαύτῃ βουλήσει, ὥστε τὴν μὲν γυναῖκα ἔχειν ἐν ταῖς δωρεαῖς πᾶσαν τὴν τοῦ ἀνδρὸς οὐσίαν, καὶ μηδὲ χῶραν εἶναι τῇ δὲ ινοφφικιοσις δόνατξιονιβους μέμψει, διά τὸ μετὰ ταῦτα ἀπορῆσαι τὸν ἄνδρα, τὴν δὲ θυγατέρα πένεσθαι· ἢ ὡς ἐὰν δυνάσαι θεμάτισον εὔλογον αἰτίαν. i. e. *Quid enim, si pater puellae multa saepe munera in uxorem contulit, et facultatibus lapsus sit, et ad mortem perseveravit in eadem voluntate: adeo ut mulier quidem ex donationibus omnia mariti bona possideat, et querelae de inofficiosis donationibus locus non sit; quod maritus postea ad inopiam redactus sit, filia autem inops: vel quam potes, pone iustam causam.* Die Worte *vel lege specialiter expressa* scheinen von Tribonian wegen des folgenden Gesetzes hingefügt seyn.

L. 19. §. 1. *Cod. de haeretic.* Justinianus A. Juliano P. P. Sed ne videamur, morientibus quidem genitoribus, liberis providere; viventibus autem nullam inferre providentiam, (quod etiam ex facto nobis cognitum est) necessitatem imponimus talibus genitoribus orthodoxos liberos secundum vim patrimonii alere, et omnia eis praestare, quae ad quotidianae vitae conversationem sufficiant: sed et dotes pro filiabus et nepotibus dare, et ante nuptias donationes pro filiis, vel nepotibus perscribere, in omni casu secundum vires patrimonii huiusmodi liberalitatibus aestimandis.

Mehrere [39]) wollen behaupten, daß heut zu Tage der Mutter eine gleiche Verbindlichkeit zur Dotirung ihrer Töchter, wie dem Vater, obliege. Allein, wenn nicht eine Gütergemeinschaft unter den Ehegatten Statt findet, so läßt sich nicht behaupten, daß nach dem deutschen Rechte die Dotationspflicht beyden Eltern zugleich obliege. Auch heut zu Tage darf der Vater der Tochter das Heyrathsgut nicht aus dem Vermögen der Mutter wider den Willen derselben geben, wenn er selbst vermögend ist, auch kann er von der Mutter mit Recht keinen Beytrag fordern [40]).

Außerdem behaupten nun 4) viele Rechtsgelehrten [41]),

39) *Jo. Pet. de* Ludewig Diss. differentias iuris Rom. et Germ. in dote et donatione propter nuptias. *Halae* 1721. Diff. X. *Jo.* Voet Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 15.

40) S. *Aemil. Lud.* Homberg zu Vach Diss. de obligatione patris ad constituendam dotem non promissam. §. 33. und *Jo. Ge.* Geyert Diss. de iuribus et obligationibus circa dotem. §. VII.

41) *Jac.* Cujacius Commentar. in libr. XXXVIII. Pauli ad Edictum ad L. 12. §. 3. D. administr. tutorum (*Operum* a Fabroto *editor.* Tom. II. p. 615.) *Reinh.* Bachovius Echt Not. et animadversion. ad Treutlerum. Vol. II. Disp. VII. Th. III. lit. F. et G. *Jo* Voet Comment. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 14. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. P. II. h. t. §. 17. *Jul.* Caponus Tr. de dote. pag. 73. nr. 73. *Corn. van* Eck Princip. iur. civ. sec. ord. Dig. P. II. h. t. §. Dotem. pag. 86. *Pet. de* Toullieu Disp. I. de iure nuptarum, praes. *Corn. van* Eck. *Franeq.* 1692. def. Cap. IV. (in *Dan.* Fellenberg *Jurisprud. antiqua* Tom. II. pag. 223.) Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I.

daß auch ein vermögender Bruder, seiner vollbürtigen oder halbbürtigen Schwester von väterlicher Seite, wenn dieselbe arm ist, ein Heyrathsgut zu geben schuldig sey. Nur eine soror uterina könne keine dos von ihrem Halbbruder von mütterlicher Seite verlangen, wenn dieser auch reich wäre, und die Schwester ohne eine dos keinen Mann bekommen könnte. Der Beweis dieser Behauptung beruhet auf einer Stelle des Paulus, welcher *libro XXXVIII. ad Edictum*[42]) vom Vormund sagte sed non dabit dotem *sorori* pupilli, *alio patre natae*, etiamsi aliter ea nubere non potuit: *nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio pupilli est.* Man argumentirt nun hieraus a contrario, daß einer Schwester, die mit dem Bruder einerley Vater hat, ein Heyrathsgut gebühre. Man wendet zwar dagegen ein, daß die argumenta a contrario bey der Erklärung des justinianeischen Rechts meistens trüglich und dem Sinne, ja der Absicht des Gesetzes zuwider wären, aus welchen sie abgeleitet würden. Dieses sey auch hier der Fall. Denn Paulus gedenke der soror uterina nur darum, weil sie nicht mit dem Bruder unter derselben Tutel stand, wie die soror consanguinea. Für diese könne der Tutor des Bruders eine dos bestellen, nämlich aus ihrem, nicht aus des Bruders Vermögen. So ist zuerst der große Gerh. Noodt[43]) gegen jene Auslegung aufgetreten. Er nennt

§. 420. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2 Bd. §. 945. Thibaut Syst. des Pand. R. 1. B. §. 443.

42) *L.* 12. §. 3. *D. de administr. et peric. tutor.*

43) Commentar. ad Dig. h. t. §. Age nunc. p. 500. Man vergleiche Denselben auch ad Tit. *Soluto matrimonio.* §. Ostendi pag. 527.

sie ein ludibrium, quo falluntur nobiles iuvenes, iuris studiosi, wovor er warnen müsse. Ihm giebt auch Matthias Röver [44]) Beyfall. Allein daß mit dieser Abfertigung die Meinung jener großen Rechtsgelehrten, die sie zu der ihrigen machen, nicht widerlegt sey, leuchtet in die Augen. Freylich sind argumenta a contrario mit vieler Vorsicht zu gebrauchen, da sie nicht selten trügen, wie ich schon an einem andern Orte [45]) bemerkt habe. Daß sie aber auch fortissima argumenta seyn können, lehrt uns selbst ein Papinian [46]), und Paulus [47]). Dann aber ist ja auch der Grund, den Paulus anführt, gar nicht von der Tutel, sondern von der Liberalität hergenommen, und die bleibt es in der That, wenn wir auch das argumentum a contrario hier gelten lassen. Paulus spricht unmittelbar vorher von Geschenken, welche der Vormund den Verwandten des Pupillen machen kann. Er sagt nämlich: solemnia munera parentibus cognatisque mittet. Was das für *solemnia munera* sind, deren Paulus hier gedenkt, hat Guido Pancirolus [48]) ausführlich erklärt. Es waren

44) Specim. ad loca quaedam iuris civ. depravata. (*Lugd. Batav.* 1739.) Cap. IX. (in *Ger.* Oelrichs *Thesaur. Dissertation. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. p. 171.)

45) S. meine Einleitung in das Studium des Röm. Rechts. §. 10. S. 66.

46) *L.* 1. *pr. D. de officio eius, cui mand. est iurisd.*

47) *L.* 18. *D. de testibus.* Mehrere Beyspiele führt *Io.* Bellonus Tholosas in Tractat. de argumentis Legum. Cap. XI. an, Adj *Eiusdem* Dissolution. antinomiar. iuris. *Viteberg.* 1582, pag. 171.

48) Thesaur. variar. Lection. utriusq. iuris. (*Lugduni* 1617. 4.) Lib. II. Cap. 54. pag. 237. sq.

Geschenke, welche die Römer einander an gewissen feierlichen Jahrestagen, z. B. an Geburtstägen, an den Saturnalien, den Matronalien, den Calenden des Mars und des Januars zu machen pflegten, und die man strenae, xeniola nannte [49].

49) *L.* 31. §. 8. *D. de donat. inter vir. et uxor.* Anders erklärt zwar diese *solemnia munera* Cujaz am ang. O. Er sagt *Solemnia munera* hoc loco ea tantum dicuntur, quae non tantum necessaria, sed perquam necessaria sunt: τὰ ἐνφήματα νομιζόμενα, et quasi debita parentibus et cognatis: ergo non *strenae*, non *natalitia*, non *nuptialia*: nam et haec amicis debentur, non parentibus, aut cognatis solis; et perquam necessaria etiam non sunt. Allein sicher dachte Paulus hier nur an solche, quae, licet honeste, ex liberalitate tamen fiunt, wie aus den nachfolgenden Worten erhellet. Denn sonst wären es keine munera. Paulus selbst, indem er die verschiedene Bedeutung des Worts munus *L.* 18. *D. de Verb. Signif.* erklärt, sagt: *Munus* tribus modis dicitur: *uno* donum, et inde *munera* dicuntur *dari*, *mittive*; und Ulpian bestätigt vollends die Erklärung des Panciroius, wenn er *L.* 194. *D. eodem* sagt: Inter *donum* et *munus* hoc interest, quod inter genus et speciem: nam genus esse *donum*, Labeo ait, a donando dictum, *munus* speciem, nam munus esse donum cum causa, utputa, natalitium, nuptalitium. Nun sagt zwar Gajus *L.* 13. §. 2. *D. de admin. tutor.* Nec *nuptiale munus* matri pupilli, nec sorori mittere debet. Und in der *L.* 1. §. 5. *D. de tutelae et rationibus distrah.* lehrt Ulpian, ein solches Hochzeitgeschenk, was der Tutor der Mutter des Mündels geschickt hat, sey keine solche muneratio necessaria, die der Vormund in die Rechnung des Pupillen bringen könne. Hier ist aber die Rede von dem Fall, da die Mutter zur andern Ehe schreitet und der Pupill einen Stiefvater bekommt, worüber der Pupill eben keine

Gewiß dachte hierbey Paulus auch an die Geschwister, wenn man auch dem Panciroli darin nicht beypflichten kann, daß der Ausdruck parentes hier gerade die Agnaten bezeichnen soll, da kein hinreichender Grund vorhanden ist, von der eigentlichen Bedeutung des Worts abzuweichen,

Freude haben wird, und wo also der Vormund noch weniger auf Kosten des Pupillen freygebig seyn darf. Die soror aber ist in dem Zusammenhange mit der *L.* 12. §. 3. und in der Verbindung mit mater, keine andere, als die soror uterina des Pupillen, welche seine Mutter in der zweyten Ehe geboren hat. Diese führt ja nicht einmal seinen Namen, was braucht sich also der Vormund um ihre Verheyrathung zu bekümmern? Will ihr der Pupill ein Heyrathsgut geben, so mag er es thun, wenn er mündig geworden ist. Auf die *solemnia munera*, von denen Paulus redet, geht nun auch wohl unstreitig die von Cujaz aus Martial. *Lib. IX. Epigr.* 55. v. 5. angeführte Stelle:

Chara daret solemne tibi cognatio munus.

Warum man übrigens diese Geschenke *solemnia munera* genannt habe, sagt uns Augustinus *Serm. CLXXX. de Tempor.* Solemnitas ab eo, quod solet, in anno celebrari, nomen accepit: quomodo perennitas fluminis dicitur, quia non siccatur aestate, sed per totum annum fluit, ideo *perenne*, id est, per annum. Sic et *solemne*, quod solet in anno celebrari. Man vergleiche noch über die angeführten Gesetze *Jac.* Raevardus Coniectaneor. libr. III. Cap. 21. (*Oper. Lugduni* 1623. *editor.* Part. postum. pag. 88. sq.) *Barn.* Brissonius Antiquitatum ex iure civ. selectar. cum annotationib. *Alb. Diet.* Trekell (*Lipsiae* 1741. 4.) Lib. IV. cap. 3. Schroder Observation. iur. civ. Lib. III. cap. 8. pag. 240. sq. Pothier Pand. Iustin. Tom. II. Tit. de administrat. tutor. Nr. XLII. Not. g. pag. 114. und Voorda Thesium controversar. Decad. XX. §. 7.

wie schon von Byhof [50]) gegen den Pancirolus erinnert hat. Wie wäre nun Paulus gerade auf die soror uterina gefallen, wenn er nicht unter den cognatis auch die soror consanguinea mitverstanden, und es als bekannt vorausgesetzt hätte, daß dem Tutor ein derselben zum Heyrathsgute gemachtes Geschenk, wenn die Schwester sonst zur alten Jungfer geworden wäre, in der Rechnung passire? Denn auch die dos rechnete man ad munera solemnia et nuptialia [51])? Es bleibt also Liberalität, die dos werde der soror uterina oder consanguinea gegeben, doch ist freylich die Freygebigkeit eines der uterina gegebenen Heyrathsguts größer, als die in gleicher Absicht gegen die consanguinea bewiesene Freygebigkeit. Denn hier war die dos mehr ein Ehrengeschenk, deswegen konnte es der Vormund, welcher seinen Mündel nach dem Verhältniß seines Standes und Vermögens nicht beschimpfen lassen durfte, in Rechnung bringen [52]). Darum, sagt Paulus, bleibt jene dem Pupillen überlassen, wenn sie gleich eben so billig ist, als diese, und eben dadurch giebt er zu erkennen, daß der Vormund zu einer solchen Liberalität gegen die soror consanguinea des Pupillen berechtiget sey [53]). Man will endlich

50) Observation. iuris civ. Cap. 24.

51) S. Raevardus cit. loc. pag. 89.

52) *L. 12. §. 2. D. de admin. tutor.* S. *Pet. de* Greve Exercitation. ad Pandectar. loca difficiliora. (*Noviomagi* 1660. 8.) Exerc. XVIII. §. 16. pag. 437.

53) Dieser Meinung sind auch *Ant.* Merenda Controversiar. iuris Lib. III. Cap. 16. Struv Synt. iuris civ. Tom. II. Ex. 30. Th. 3. *Jo. Ortw.* Westenberg Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 27. Püttmann Interpretat. et Observation. Cap. 14. pag. 67. Walch In-

b) auch noch die Frau selbst hieher rechnen, als ob auch diese sich selbst zu dotiren schuldig sey[54]. Allein wie hätte der Kaiser Alexander *L.* 1. *Cod. de dotis promiss.* rescribiren können: Frustra existimas actionem tibi competere, quasi promissa dos tibi, nec praestita sit, cum neque species ulla, neque quantitas promissa sit, sed hactenus nuptiali instrumento adscriptum, *quod ea, quae nubebat, dotem dare promiserit*? Wie konnte dem Manne die Klage auf Bestellung eines Heyrathsguts gegen die Frau aus dem Grunde, weil sie nichts Bestimmtes versprochen habe, abgesprochen werden, wenn sein Forderungsrecht auch schon ohne ein bestimmtes Versprechen begründet gewesen wäre[55]?

II) Geschieht die Bestellung der dos aus freien Willen, so wird sie genennt dos voluntaria. Dahin gehört denn auch die

trod. in controv. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. I. §. 19. Günther Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 411. not. g. *Ant.* Schulting Notae ad Dig. seu Pand. edit. cum animadversionib. a *Nic.* Smallenburg Tom. IV. (*Lugd. Batav.* 1823. 8.) Lib. XXVI. Tit. 7. ad L. 12. §. 3. D. h. t. pag. 424. *Io.* Wunderlich de usu Inscriptionum Rom. vet. in iure lib. sing. (*Quedlimb.* 1750.) Obs. II. §. 9. pag. 59. sq. und Malblanc Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 627. not. e.

54) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCIII. medit. 2. et 3. Er hält dieses für die gemeine Meinung, und beruft sich auf Gail Observ. pract. Lib. II. Obs. 86. nr. 6. und Stryk Cautel. contract. Sect. III. Cap. 8. §. 9.

55) S. Müller Observation. pract. ad *Leyserum.* T. III. Fasc. II. Obs. 538. und Schweppe röm. Privatrecht §. 678. der 3ten Aufl.

dos, welche vom Vater in dem Falle, da die Tochter eigenes Vermögen hat; ferner welche von der Mutter in den nicht ausgenommenen Fällen, und welche von Geschwistern geschieht, sie seyen vollbürtige oder halbbürtige Geschwister.

§. 1232.

Rechte des Mannes an der dos. I. Benutzungsrecht.

Der Ehemann hat nun I. das Recht, alle Früchte und Nutzungen aus den zum Brautschatz gegebenen Gütern zu ziehen. Dafür muß er die Lasten der Ehe übernehmen. Jedoch beginnt dieses Nutzungsrecht erst vom Augenblick der Einhändigung der dos. Ulpian sagt *libro XXXI. ad Sabinum* [56]: Dotis fructum ad maritum pertinere debere, aequitas suggerit; cum enim ipse onera matrimonii subeat, aequum est, eum etiam fructus percipere; und *libro XXX. ad Sabinum* [57] sagt eben dieser Ulpian: Et utique in fructibus a viro retinendis neque dies dotis constitutae, neque nuptiarum observabitur; sed quo primum dotale praedium constitutum est; id est *tradita possessione.* Paulus *libro VII. ad Sabinum* [58] fügt noch hinzu: Nam si ante nuptias traditus sit, et fructus inde percepti: hi restituendi sunt, quandoque divortio facto, quasi dotis facti. Hat sie der Mann seiner Frau schenkungsweise überlassen, so kann er sie immer wieder zurückfordern, soweit die Frau dadurch bereichert ist. So rescribiren die Kaiser Diocletian und Maximian

56) *L. 7. pr. D. h. t.*

57) *L. 5. D. Soluto matrimonio.*

58) *L. 6. D. eodem.*

L. 20. C. h. t. Pro oneribus matrimonii, mariti lucro fructus totius dotis esse, quos ipse percepit: vel si uxori capere donationis causa permisit, eum, in quantum locupletior facta est, posse agere [59]), manifestissimi iuris est. Zu den Früchten, welche der Mann während der Ehe sich zueignen kann, gehört auch das junge Vieh (foetus pecorum), wenn etwa Vieh zu dem Heyrathsgute gehört. Er muß nur die Stücke, welche zum Heyrathsgute gehören, vollzählig erhalten, und was von den Alten abgeht, aus den Jungen ergänzen. Auch die Wolle von den Schaafen gehört ihm sowohl, wie das Lamm. Denn beydes ist in fructu. Ulpian sagt *libro XXXI. ad Sabinum* [60]): Sed foetus dotalium pecorum [61]) ad maritum pertinent: quia fructibus [62]) computantur: sic tamen ut suppleri proprietatem prius oporteat, et, summissis in locum mortuorum [63]) capitum ex adgnatis residuum in fructum [64]) maritus habeat; quia fructus dotis ad eum pertineat. Und *lib. 31. ad Sabinum* [65]) sagt eben dieser Ulpian: Non solum autem de fundo, sed

59) Condictione ex iniustà causa, weil die Schenkung widerrechtlich war. S. POTHIER Pand. Justin. Tom. II. Tit. Soluto matrim. Nr. XXXVI. Not. g.

60) *L.* 10. §. 3. *D. h. t.*

61) *Cod. Erl.* pecudum.

62) *Cod. Erl.* in fructibus. Eben so Haudoza, Chevallon, und Merlin.

63) *Cod. Erl.* demortuorum. Auch Haudoza und Chevallon.

64) *C. E.* in fructibus. Eben so Haud. und Cheval.

65) *L.* 7. §. 9. *D. Soluto matrimon.*

etiam de pecore idem dicemus: ut lana ovium, foetusque pecorum praestaretur [66]). Quare enim, si maritus prope partum oves doti acceperit, item proximas tonsurae, post partum et tonsas oves, protinus divortio facto, nihil reddat? Nam et hic fructus [67]) toto tempore, quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus [68]). Von den Pacht- und Miethgeldern gilt, was von den Früchten der Landgüter, wie ebenfalls Ulpian [69]) sagt, denn auch jene werden als Früchte betrachtet [70]). Soviel die Holznutzung anbetrifft, so kommt es darauf an, ob das Grundstück, welches zur dos gehört, eine Sylva caedua [71]) ist; d. i. ein solcher Wald ist, der zum Holzschlag bestimmt ist, oder nicht. Im ersten Fall gehört der ordentliche Holzschlag, so wie ihn jeder guter Wirth forstmäßig benutzt, zum Ertrage des Heyrathsguts, den sich der Mann zueignen kann. Das gefällete Holz, was er nicht

66) Man vergleiche hier noch *L. 48. D. de Usur. et fructib.*

67) Viele lesen fructuum, z. B. Bauboza, Merlin, u. a.

68) Der griechische Scholiast Dorotheus in *Basilic.* Tom. IV. pag. 374. Sch. r. sagt: καὶ ἐνταῦθα γὰρ τὸν καρπὸν τῆς ἀγέλης πρὸς ἀναλογίαν τοῦ παντὸς χρόνου διαιροῦμεν, καθ' ὃν φροντίζεται ἡ ἀγέλη, οὐ μὴν πρὸς τὰς ἡμέρας ἐκ εἶνας, ἐν αἷς τίκτει τὰ πρόβατα, ἢ ἐν αἷς κήρεται. i. e. *Nam hic quoque fructum gregis dividimus pro rata totius temporis, quo grex curatur, non autem illorum dierum, quibus oves pariunt, aut quibus tondentur.*

69) *L. 7. §. 11. D. Solato matrim.*

70) *L. 29. D. de hereditat. petit. L. 36. de Usur. et fructib.*

71) S. den 9. Th. dieses Commentars §. 635. S. 205. f.

selbst in seiner Oekonomie verbraucht, kann er verkaufen. In dem letztern Falle aber darf er keine Bäume umhauen, wodurch das Grundstück deteriorirt wird. Er darf sich nicht einmal die vom Sturmwind niedergerissenen und abgebrochenen Bäume, als fructus, zueignen, er muß der Frau den Werth vergüten, welcher dann zum Heyrathsgute gerechnet wird. Nur das dürre Reyß- oder Bündelholz, was blos zum Verbrennen dient, ist sein. Eben dieses bestätigt Ulpian in folgenden Worten [72]): Si fundum viro uxor in dotem dederit, isque inde arbores deciderit: si hae fructus intelliguntur, pro portione anni debent restitui. Puto autem, si *arbores caeduae* fuerunt, vel *gremiales* [73]), dici

72) *L.* 7., §. 12. *D.* *Soluto matr.*

73) Die Lesart ist hier verschieden. Die Glosse liest *germinales*, und erläutert diesen Ausdruck so: quae a stipite aliarum nascuntur, fultae et densae, ut granum nascitur, quae alias dicuntur pedamenta. Also von germen, eine Sproße, was aus dem Stamme hervorsproßt. Sie fügt aber noch hinzu: Est et alias *cremiales*, et idem est sensus. Die Lesart *germinales* hat auch Baudoza beybehalten. Sonst habe ich sie nicht weiter gefunden. Haloander hat *cremiales* a cremando. Dieser Leseart geben *Franc.* Duarenus Comm. in Tit. Dig. Soluto matrimonio ad L. 7. §. 12. h. t. *Oper.* pag. 266. *Jo. Gottl.* Heineccius ad *Brissonium* de Verbor. Signif. voc. *gremialis*, Pothier Pand. Justin. Tom. II. Tit. Soluto matrimonio. Nr. XLIV. not. a. pag. 66. *Jo. Guil.* Hoffmann Meletemat. ad Pand. Diss. XXII. §. 6. und *J. van* Lennep Exercit. iur. (*Lugd. Batav.* 1796.) Exercit. IV. p. 42. den Vorzug. Allein die meisten vertheidigen die florentinische Lesart. Man sehe *Ant.* Augustinus Emendation. Lib. III. Cap. 7. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iuris*

oportet, in fructum cedere: si minus, quasi deteriorem fundum fecerit maritus, tenebitur. Sed et si vi tempestatis ceciderunt, dici oportet, pre-

Rom. Tom. IV. pag. 1517.) u. *Jos.* Nerius Analector. Lib. II. Cap. 11. (in *Th. Otton.* Tom. II. pag. 408.) Man unterstützt sie durch die *L.* 55. §. 4. *D. de legat. III.* und durch eine Stelle aus Columella *de Re Rustica.* Lib. XII. cap. 19. wo es heißt: levique primum igne, et tenuibus admodum lignis, quae *gremia* rustici appellant, fornacem incendemus, ut ex commodo mustum ferveat. In beyden Stellen heiße *gremia* dürres Reißholz zum Verbrennen. S. auch Westphal Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. 1. Th. §. 190. Brissonius de Verbor. Signif. voc. *Gremia* sagt: Gremia sunt virgulae tenues siccae aridaeque, et ad comburendum aptae. Allein auch in den angeführten Stellen ist die Lesart zweifelhaft. Die besten Ausgaben des Columella, so wie auch die Zweibrücker, lesen *cremia.* Die *Basilica* T. IV. Lib. XXVIII. Tit. 8. p. 344. haben: ἢ τὰ ἐν ἀγκάλεις φερόμενα, *quae* gremio *feruntur.* Noch merkwürdiger ist das Schol. des Dorotheus pag. 375. Ἐγὼ δὲ νομίζω, ἐὰν τῶν ἐξ ἔθους τεμνομένων ἦν τὰ δένδρα, ἦν γὰρ τυχὸν ἄκαρπα καὶ συνήθες ἦν κόπτεσθαι αὐτὰ, καὶ ἦν τὰ τμηθέντα ὅσα ἐν ταῖς ἀγκάλαις συλλέγομεν, ταῦτα εἰς καρποὺς λογίξεσθαι τῷ ἀνδρί: *Puto autem, si arbores erant ex his, quae caedi consueverunt, erant enim forte steriles, et solitae erant caedi, et erant decisae* arbores gremiales, *quas scilicet* in gremium *legimus, eas marito in fructus computari.* Es ergiebt sich hieraus, daß in den Basiliken die florentinische Lesart zum Grunde liegt, und daß also auch wohl diese Lesart für die ursprünglich richtige zu halten sey, da der griechische Scholiast sogar auch den Ausdruck *gremiales* zu erklären gesucht

tium earum restituendum mulieri, nec in fructum cedere. Nicht minder Steinbrüche, Gold- und Silber- oder auch Thon-Gruben, welche der Mann auf dem Heyrathsguthe findet, kann er benutzen, und den Ertrag sich zueignen. Auch dieß sagt Ulpian [74]: Sed si cretifodinae, argentifodinae, vel auri, vel cuius alterius materiae sunt, vel arenae, utique *in fructu* habebuntur. Nur wenn er Marmorbrüche entdeckt, so wird der gebrochene Marmor, wenn er kein solcher ist, daß der Stein wieder nachwächst, nicht zu dem ordentlichen Ertrage gerechnet. Ein solcher Marmor macht einen Theil des fundi dotalis aus, und gehört der Frau. Wird er verkauft, so gehört das daraus gelößte Geld zur dos, wovon aber doch dem Manne während der Ehe die Nutznießung gebührt. Eben deswegen, weil er doch am Ende den Nutzen davon hat, werden ihm auch die Kosten für

hat. Es ist indessen wohl eben so richtig, was *Rad.* FORNERIUS Rerum quotidianar. Lib. I. Cap. 15. (in *Ev.* OTTON. *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 143.) sagt: Certe, sive *cremiales* legamus, a cremando, sive *gremiales*, quod gremio gestentur, parum refert: dum rem ipsam assequamur, non est de verbis adeo laborandum. Constat autem ea voce significari nihil aliud, quam *arida et sicca ligna*, quae δανὰ vocantur a SUIDA.

74) *L. 7. §. 14. D. Soluto matrim.* Eben dieses bestätigt auch Paulus *L. 8. D. eodem*, wo es heißt: Si fundus in dotem datus sit, in quo lapis caeditur, *lapidicinarum commodum ad maritum pertinere constat:* quia (die Geb. Ausgabe liest hier ganz unrichtig qui) palam sit, eo animo dedisse mulierem fundum, ut iste fructus ad maritum pertineat: nisi si contrariam voluntatem in dote danda declaraverit mulier.

den Bruch des Steins nicht vergütet, wenn auch der fundus dotalis dadurch, daß er von dem Steingrunde befreiet wurde, fruchtbarer geworden wäre, denn der Vortheil ist doch immer auf Seiten des Mannes. Es wäre also unbillig, der Frau den Kosten=Ersatz aufzubürden. Sollte etwa die Ehe bald nach der Eröffnung des Marmorbruchs getrennt werden, wo der Mann von dem fundus dotalis seiner Frau keinen Nutzen mehr ziehen kann; so darf er den gebrochenen Marmor zum Ersatz seiner darauf verwandten Kosten behalten. Wäre hingegen der Marmorbruch ein solcher, der dem fundus dotalis einen fortdaurenden Ertrag giebt, so gehört auch der Marmor zu den fructibus, die sich der Mann zueignen kann, und da er durch die Eröffnung des Steinbruchs das Grundstück einträglicher gemacht hat, so kann er auch Kostenersatz fordern. So lassen sich folgende Stellen der Pandecten vereinigen, wobey die Ausleger sehr viele Schwierigkeiten gefunden haben.

L. 32. *D. h. t.* POMPONIUS *libro XVI. ad Sabinum.* Si ex lapidicinis dotalis fundi lapides, vel arbores, quae fructus non essent[75]), sive super-

75) Die *Basilica* Tom. IV. lib. XXIX. Tit. 1. Const. 28. pag. 513. übersetzen *ἢ ἄκαρπα δένδρα*, *arbores non frugiferas*, und eben so der griechische Scholiast. pag. 573. Sch. c. Ich sollte aber denken, die Worte: *quae fructus* non essent, giengen auf lapides und arbores. Denn es ist hier von lapidicinis die Rede, quae sunt eiusmodi, ut lapis ibi non renascatur, wie der griechische Scholiast selbst sagt pag. 574. *ὅτι περὶ λατομίων ἐστὶν ἐνταῦθα τοιοῦτον, οἷα οὐκ αὔξάνεται.* Noch bestimmter aber in folgenden Worten: *τότε δὲ εἶπε τὸν ἐκ τῶν λατομίων τοῦ δοταλίου ἀγροῦ*

fodinam aedificii dotalis voluntate mulieris vendiderit: nummi ex ea venditione recepti sunt dotis.

L. 7. §. 13. D. Soluto matrimonio. Ulp. *libro XXXI. ad Sabinum.* Si vir in fundo mulieris dotali lapidicinas marmoreas invenerit, et [76]) fundum fructuosiorem fecerit: marmor, quod caesum, neque exportatum [77]), est mariti, et im-

τεμνόμενον λίθον, μὴ διαφέρειν τῷ ἀνδρὶ, ἔνθα μὴ τῶν αὐξανομένων ἐστὶ τὸ λατόμιον. Εἰ γὰρ κατὰ φύσιν τῶν αὐξανομένων ἐστὶ τὸ λατόμιον, τότε ἐξ αὐτοῦ ὁ τεμνόμενος λίθος τῷ ἀνδρὶ διαφέρει, ὡς ὁ Ἰαβολένος ἐν τῷ παρόντι βιβ. τιτ. τελευτ. i. e. *Tunc autem lapidem, qui caeditur ex fundo dotali, ad maritum non pertinere dicendum est, cum lapidicina non est ex his, quae crescant. Nam si lapidicina talis sit, in qua lapis crescat, tunc lapis, qui ex ea caeditur, pertinet ad maritum, ut dicit* Iavolenus *in hoc libro titulo ultimo.* Man sehe auch *Franc.* Duarenus ad L. 8. D. Soluto matrim. *Oper.* pag. 268.

76) Cujacius Observat. Lib. XV. cap. 21. will nec fundum fructuosiorem fecerit lesen. Allein ohne alle Noth, wie schon sein Antagonist *Jo.* Robertus Receptar. Lection. Lib. I. cap. 10. gezeigt hat. Cujaz hat auch die *Basilica* gegen sich, in welchen es Tom. IV. pag. 344. ebenfalls heißt: καὶ τὸν ἀγρὸν εὐπροσοδεύτον ποιήσῃ. Man vergleiche auch *Em.* Merillius Variant. ex Cujacio Lib. III. c. 37. und Jauchius de Negationib. Pandectar. pag. 175. Cujaz konnte nicht zusammenreimen, wie der Mann den fundum soll können fructuosiorem gemacht haben, und dennoch der Marmor nicht in fructu seyn solle. Allein daß dieses kein Widerspruch sey, hat *Io. van de* Water Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 13. sehr deutlich gezeigt.

77) *Rad.* Fornerius Rerum Quotidianar. Lib. II. cap. 2. (in *Th. Otton.* T. II. pag. 162.) liest durch Semina-

pensa non est ei praestanda[78]): quia nec in fructu est marmor[79]), nisi tale sit, ut lapis ibi renascatur: quales sunt in Gallia, sunt et in Asia[80]).

tion: *neque exportatum* EST, est mariti. Diese Lesart billigt auch *van de* WATER c. l. pag. 564. Haloander, Miräus, Merlinus und Baudoza Cestius lesen *neque exportatum est, mariti est.*

78) *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. I. cap. 8. will die Negation versetzen; nach ihm soll man lesen: NON *est mariti, et impensa ei praestanda est.* Daß aber diese Emendation ganz unnöthig sey, hat schon Brenkmann in dem Gebauerischen Corpus iuris, h. L. not. 46. T. I. pag. 425. bemerkt. Ihr widerstreiten auch die *Basilica* T. IV: pag. 344. DOROTHEUS hat unser Fragment in dem Sch. y. pag. 376. getreu in seiner Sprache dargestellt, woraus die Richtigkeit der gemeinen Lesart erscheint. Die Worte lauten so: Ἐὰν ἀνὴρ ἐν τῷ προικιμιάιῳ ἀγρῷ εὕρε λατόμιον μαρμάρων, καὶ τὸν ἀγρὸν εὐπροσόδευτον ἐποιῇ, εἰ ἔφθασεν ἐκ τούτου τεμεῖν μάρμαρα,, καὶ μήπω αὐτὰ μετήνεγκε, δεσπόξει μὲν τῶν τμηθέντων μαρμάρων, τὰ δὲ ἀναλώμενα οὐ δυνάται ἀπαιτεῖν παρὰ τῆς γυναικός· ἐπιιδὰν ἐν καρπῷ οὐ πιστέυεται εἶναι τά ἐκ τῶν λατομιῶν λαμβανόμενα μάρμαρα. εἰ μὴ τοιαύτη ἄρα ἦν ἡ πέτρα ὥστε τίκτεσθαι καὶ ἄυξειν ἀυτὴν. Soviel nun auch diese Emendation gegen sich hat, so hat ihr dennoch POTHIER Pandect. Justinian. Tom. II. Tit. Soluto matrimon. Nr. XLV. not. c. pag. 66. seinen Beyfall nicht versagen können.

79) Die Worte: *quia nec in fructu est marmor*, erklärt *Pet.* DUIRSEMA Conjectural. iuris civ. (*Groningae* 1714. 8.) Lib. I. cap. 1. §. 14. so, quia marmor *non pergit esse in fructu*, nisi renascatur. Er behauptet nämlich, daß Marmorbrüche so gut, wie andere Steinbrüche, zu dem Ertrage des fundi dotalis gehören, wel-

L. 18. pr. D. de fundo dotali. Javolenus Libro VI. ex Posterioribus Labeonis. Vir in fundo

chen der Mann sich als fructus zueignen könne. Dieses Recht werde nicht nur jedem Usufructuar eingeräumt, L. 13. §. 5. D. de Usufr. sondern auch dem Ehemann gestattet. L. 8. D. Soluto matrim. Weil nun der Marmorbruch keinen fortdauernden Ertrag giebt, wenn der Stein nicht nachwächst, so ergebe sich hieraus, warum der Mann keinen Kostenersatz erhalte. Nehme man diese Erklärung an, so lasse sich's nun wohl damit vereinigen, wenn Ulpian sagt: der Mann habe durch Eröffnung des Marmorbruchs den fundus dotalis *fructuosior* gemacht. Uebrigens sey es in den Fragmenten der römischen Juristen etwas sehr gewöhnliches, daß bey den verbis absolutae actionis Etwas ergänzt werden müsse. Z. B. wenn Ulpian L. 6. D. de iudic. sagt: Caecus iudicandi officio *fungitur*, so heiße das soviel als *fungi potest*; und wenn Paulus L. 35. D. de Usur. sagt: Lite contestata usurae *currunt*, so habe dieses Noodt de foen. et usur. Lib. III. cap. 12. sehr richtig durch *currere pergunt* erklärt. Allein so richtig auch diese Bemerkung an sich ist, wovon *Guil. Otto* Reitz in Observat. sporad. §. IX. in den von Püttmann edirten Opuscul. iurid. ex Observat. miscellan. Batav. in unum volum. collect. pag. 151—158. viele Beyspiele angeführt hat; so ist doch zu dieser Erklärung in unserm Fragment kein hinlänglicher Grund vorhanden. Die Unrichtigkeit dieser Erklärung ergiebt sich schon daraus, weil die Redensart *in fructu esse*, offenbar keinen andern Sinn hat, als die im vorhergehenden §. 12. gebrauchte: *in fructum cedere*. Man sehe *Christfr.* Waechtler Opusc. iuridico philolog. pag. 570—572. und *Henr.* Kellinghusen Diss. de Legibus nonnullis Romanor. *Franequ.* 1744. Cap. VII. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. nov. Diss. iurid. Belgicar.* Tom. II. Vol. II.

dotali lapidicinas marmoreas aperuerat: divortio facto quaeritur, marmor, quod caesum, neque exportatum esset, cuius esset: et impensam in lapidicinas factam mulier, an vir praestare deberet? *Labeo* marmor viri esse ait: ceterum viro negat quidquam praestandum a muliere: quia nec necessaria ea impensa esset, et fundus deterior esset factus. Ego non tantum necessarias, sed

pag. 28 sq.) Der letztere wendet noch besonders gegen Duirsema ein: *Marmor, quum non renascatur, certe non pergit in usufructu esse. Ergo nunquam fuit. Nam omnis servitutis debet esse perpetua causa.* Er selbst glaubt nun, das Gewicht der Entscheidung sey auf die Worte zu legen: *et fundum fructuosiorem fecerit,* dieses, sagt er, sey nicht so zu verstehen, als ob der Mann durch den Marmorbruch den fundus dotalis wirklich nutzbarer gemacht habe. Nein, wenn dieses wäre; so würde der gewonnene Marmor nicht nur dem Mann, als fructus, gehören, sondern es müßten ihm dann auch die Kosten ersetzt werden. *L.* 3. §. 1. *D. de impens. in res dot. fact.* Das fecerit gehe vielmehr auf das futurum, wenn nämlich vor jetzt non nisi spes aliqua, marmor renasciturum, vorhanden sey. Er tadelt alle übrige Ausleger, daß sie nicht unterschieden hätten: *si fecit*, und *si fecerit.* Allein die ganze Construction der Periode widerlegt diese Interpretation.

80) Dasselbe zählt *C.* Plinius Secundus *Histor. Natural.* Lib. XXXVI. Cap. 24. nr. 12. (*Edit. Bipont. Vol.* V. pag. 367.) unter die Wunder Italiens. *Et inter plurima alia Italiae miracula,* sagt er, *ipsa marmora in lapicidinis crescere, auctor est* Papirius Fabianus, *naturae rerum peritissimus: exemtores quoque affirmant, compleri sponte illa montium ulcera. Quae si vera sunt, spes est, nunquam defuturam luxuriam.*

etiam utiles impensas praestandas a muliere existimo: nec puto fundum deteriorem esse, si tales sunt lapidicinae, in quibus lapis crescere possit [81]).

Was kein fructus ist, sondern zur accessio gerechnet wird, darauf hat der Mann keinen Anspruch. Durch Accessionen wird die Substanz der dos vermehrt, sie gehören also der Frau, der Mann hat, während der Ehe, blos den Genuß davon. Er darf also den Schatz nicht behalten, den er auf dem Dotalgute findet.

81) Javolen widerspricht hier dem Labeo nicht. Er spricht von dem Falle, wenn der Marmorbruch ein solcher ist, daß der Stein nachwächst. Denn dadurch kann der Ertrag des fundus dotalis viel ergiebiger werden, als durch den bloßen Fruchtbau. Hier betrachtet man den Marmor als fructus, und dem Mann müssen die Kosten ersetzt werden. Javolen giebt also dem Labeo in dem Falle Recht, wenn der Marmor nicht nachwächst. Denn hierdurch könnte ja der fundus verschlechtert worden seyn, weil entweder ein Theil desselben dem Ackerbau entzogen worden, oder weil vielleicht um des Marmors willen das Grundstück theurer hätte verkauft werden können. Daher kann auch der Mann keinen Kostenersatz fordern. Da er jedoch so gut, als der Usufructuar, Stein und Metallgruben zu eröffnen befugt war, *L.* 13. §. 5. *D. de Usufr.* so wird ihm, wenn er wegen bald nachher erfolgter Ehescheidung keinen weitern Nutzen davon hatte, der Stein, der noch nicht verkauft ist, zu seiner Entschädigung überlassen. S. *Greg.* MAJANSII Disputationes iuris civ. Tom. I. (*Lugd. Bat.* 1752. 4.) Disp. XXVIII. §. 1. pag. 424. und *Hier. van* ALPHEN Diss. de Javoleno Prisco Cap. 2. §. 4. (in *Novo Thes. Dissertation. iurid. Belgicar.* a *Gerh.* OELRICHS *edito* Vol. III. Tom. I. pag. 50.)

Als Finder gehört ihm zwar die Hälfte, allein die andere Hälfte gehört der Frau, als accessio dotis. Ulpian sagt *L.* 7. §. 12. *D. Soluto matrim.* Si thesaurus fuerit inventus, in fructum non computabitur, sed pars eius dimidia restituetur, quasi in alieno inventi. Eben so wenig war auch partus ancillae dotalis in fructu, das Sklavenkind gehörte zur accessio dotis [82]).

§. 1233.

Welche Culpa präſtirt der Ehemann bey der Verwaltung des Dotalgutes?

Da der Mann die Benutzung der dos während der Ehe hat, so muß er bey der Verwaltung derselben nicht blos dolum, sondern auch culpam präſtiren. Paulus sagt dieses ausdrücklich *libro VII. ad Sabinum* [83]): In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum, quam culpam: *quia causa sua dotem accipit* [84]). Und hierin waren alle Rechtsgelehrten einver-

82) §. 37. *I. de Rer. Div.* S. *Christ. God.* Tilling Iuris Rom. principia contra *Locreum* defensa, cum regulis interpretationis pract. inde derivatis, et quaestione: Quare partus ancillae non sit in fructu? hinc decidenda. *Lipsiae* 1811. 9.

83) *L.* 17. *pr. D. h. t.* Man sehe über diese Gesetzstelle *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. Lib. XXIII. Tit. 3. §. Non minus observandum. und *Ant.* Schulting Notae ad Dig. adj. animadversion. edit. a *Nic.* Smallenburg T. IV. pag. 241. sq. und vergleiche noch *L.* 18. §. 1. *L.* 25. §. 1. *L.* 49. *pr. L.* 66. *pr. D. Soluto matrim.*

84) *Cod. Erl.* quia causa *sui* dotem *accepit.* Ulpian sagt *L.* 5. §. 2. *D. Commodati:* Utriusque utilitas vertitur

standen, wie aus Javolenus *libro VI. ex Posterioribus Labeonis*[85]) erhellet, wo es heißt: In his rebus, quas praeter numeratam pecuniam doti vir habet, *dolum malum et culpam eum praestare oportere,* SERVIUS ait: ea[86]) sententia PUBLII MUCII est: nam is in *Licinnia*, Grachi uxore, statuit, quod res dotales in ea seditione, qua *Grachus* occisus erat, perissent: ait, quia *Grachi* culpa ea seditio facta esset[87]), *Licinniae* praestari oportere[88]). Ist

in dote. Daher erklärt *Ant.* SCHULTING Not. ad Dig. T. IV. pag. 242. die Worte: *causa sua* so: etiam causa sua, non solius mulieris.

85) *L.* 66. *D. Soluto matrim.*

86) *Jo. Conr.* RÜCKER Observation. Cap. IV. §. 5. nr. 6. pag. 142. liest durch Gemination: *et* ea sententia. Eben so lesen auch Baudoza und Merlin. Haloander und Miräus haben *eaque* sententia.

87) In den meisten Ausgaben sind diese Worte quia — esset, als eine Parenthese eingeschlossen.

88) Zur Geschichte dieser Gesetzstelle ist zu bemerken, daß Mucius dieses Gutachten ertheilt hatte, ehe noch die Licinnia sich durch die Trauer über ihren Mann seines Verbrechens gegen den Staat mit schuldig gemacht hatte. *L.* 11. §. 2. *D. de his, qui not. infam. L.* 35. *D. de relig.* Hier konnte sie wegen ihrer dos Entschädigung vom Fiscus fordern, der das Vermögen ihres Mannes, als eines Staatsverbrechers, eingezogen hatte. Allein da nachher auch ihre dos wegen ihres eigenen Vergehens publicirt wurde, so war sie nun zu keinem Anspruch mehr berechtiget. S. PLUTARCH. in *Vita C. Grachi.* pag. 252. *Franc.* BALDUINUS in Iurisprud. Muciana. pag. 38. *Guid.* PANCIROLUS Thesaur. variar. Lection. iur. utr. Lib. II. cap. 53. *Ge.* BEYER Quaest.

der Mann noch in väterlicher Gewalt, so haftet auch sein Vater für dolus und culpa, wie eben dieser Paulus *libro VIII. Responsorum* [89]) lehrt. Paulus respondit, in rebus dotalibus etiam *patrem mariti* dolum et culpam praestare debere. Der Mann muß aber auch diligentiam prästiren, jedoch nicht den Fleiß, den ein diligens paterfamilias gewöhnlich zu prästiren pflegt; nein, er kann sich im Verhältniß zur Frau, so weit ihn diese wegen Versehen in der Verwaltung in Anspruch nehmen kann, mit einer ihm gewöhnlichen Nachläßigkeit entschuldigen. Denn die Frau kann von dem Manne, in Rücksicht der engen Verbindung mit ihm, welche die Societät darin noch übertrifft, keinen größern Fleiß verlangen, als den er in seinen eignen Sachen anzuwenden pflegt. Auf diese diligentia *quam suis* beschränkt auch Paulus [90]) die Verbindlichkeit des Ehemannes; sed etiam diligentiam praestabit, sagt er, quam *in suis rebus* exhibet. Hat er diesen Fleiß bey der Verwaltung der Dotalsachen angewendet, so ist er außer aller Verantwortung. Vergeblich wird er sich hingegen mit seiner eignen Handlungsweise entschuldigen, wenn er die Sachen der Frau der Substanz nach selbst beschädiget hat. Hier haftet er ex Lege Aquilia, so gut, wie die Frau, wenn sie während der Ehe Sachen des Mannes beschädiget, wie folgende Gesetzstellen bestätigen.

iuris Rom. ex L. 66. pr. D. Solut. matrim. de dote a plebe tumultuante direpta Liciniae restituenda. *Lips.* 1692. besonders aber *Corn. van* Bynkershoek Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 22.

89) *L. 72. §. 1. D. h. t.* In dem Cod. Erl. macht dieser §. ein eignes Fragment aus, mit der Inscription Paul.

90) *L. 17. pr. D. h. t.*

L. 24. §. 5. D. Soluto matrim. Ulpianus *libro XXXIII. ad Edictum.* Si maritus saevus in servos dotales fuit, videndum, an de hoc possit conveniri? Et, si quidem tantum in servos uxoris saevus fuit, constat eum teneri hoc nomine: si vero et in suos est natura talis, adhuc dicendum est, immoderatam eius saevitiam hoc iudicio coercendam: *quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab eo exigat, quam rebus suis exhibet* [91]), *nec plus possit*, attamen saevitia, quae in propriis culpanda est, in alienis coërcenda est, hoc est in dotalibus [92]).

L. 56. D. ad Legem Aquiliam. Paulus *libro II. Sententiarum.* Mulier, si in rem viri damnum dederit, pro tenore legis Aquiliae convenitur [93]).

Eben so wenig findet eine Berufung des Mannes auf die ihm gewöhnliche Nachläßigkeit rechtliches Gehör, wenn er zum Nachtheil der Frau ein ihr zustehendes Recht durch Nichtgebrauch verlor, es sey nun entweder das ihm gerade in dotem gegebene Recht selbst, wie z. B. ein Ususfructus, oder auch nur sonst ein Recht bey ihrer

91) Die florentinische Lesart *exiget* ist offenbar fehlerhaft, wie auch Brenkmann im Gebauerischen Corpus iuris h. L. not. 57. bemerkt hat. Haloander, Baudoza, Merlin, und alle, die ich verglichen habe, lesen *exhibet*.

92) Man verbinde mit dieser Stelle die *L. 2. D. de his, qui sui vel alieni iur. sunt*, und vergleiche hier vorzüglich Hasse Culpa des Röm. Rechts. Kap. XII. §. 9. S. 563. ff.

93) Ein Beyspiel enthält *L. 27. §. 30. D. ad Leg. Aquil.*

dos, wie z. B. eine Realservitut. Hier haftet der Mann unbedingt, sofern es ihm möglich war, dieses Recht auszuüben [94]), weil hier seine Nachläßigkeit eine culpa lata ist, welche Niemandem zur Entschuldigung gereicht [95]). Julian libro XVI. Digestorum [96]) führt folgenden Fall an: Si maritus fundum Titii servientem dotali praedio adquisierit, servitus *confunditur*. Sed si eundem [97]) Titio reddiderit *sine restauratione servitutis*, hoc marito *imputabitur* [98]), et hoc casu [99])

94) *L.* 78. §. 2. *D. de iure dot.*

95) S. Hasse a. a. O. Nr. 4. S. 570. f.

96) *L.* 7. *pr. D. de fundo dotali.*

97) *Cod. Erl.* Sed si eundem fundum Titio postea reddiderit. Eben so lesen Baudoza und Merlin. Nur Chevallon hat: *Et* si eundem fundum Titio postea reddiderit.

98) Brenkmann bemerkt in dem Gebauer. Corp. iuris Not. 12. Die Worte: *sed si eundem — imputabitur* seyen in den florentinischen Pandecten nicht befindlich, und macht es dem Taurellius zum Vorwurf, daß er hier die signa parentheseos nicht beygefügt habe. Daher sey diese Lücke auf mancherley Art ergänzt worden. In der florentinischen Ausgabe des Taurellius, welche ich selbst besitze, stehen freylich diese Worte ohne das sonst gewöhnliche Taurellische Zeichen * *, dessen sich Taurellius bedient, wenn die damit bezeichneten Worte nicht in der florentinischen Handschrift standen. Taurellius hat auch in den seiner Ausgabe vorausgeschickten Adnotatis nichts bey dieser Stelle erinnert. Russard, Charondas und Pacius, deren Ausgaben ich alle hierbey verglichen habe, haben zwar eben so wenig bey dieser Stelle etwas bemerkt, es findet sich aber doch in allen diesen Ausgaben das Russardinische

maritus *litis aestimationem* praestabit[100]: quodsi maritus solvendo non erit, *utiles actiones*[1]) adversus Titium mulieri ad restaurandam servitutem dantur.

Zeichen ‖‖. S. den 1. Th. dieses Comment. §. 52. S. 326. In den *Basilic.* Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 6. Const. 7. pag. 714. lautet unser Fragment so: Ἐὰν τὸν ἀγρόν σου δουλεύοντα τῷ αδιατιμήτῳ προικιμαίῳ κτήσηται ὁ ἀνήρ, συγχέονται αἱ δουλεῖαι καὶ δίδωσιν τὴν ἀποτίμησιν τῆς δίκης, ἀποροῦντος δὲ τοῦ ἀνδρὸς, ὀυτιλίως ἐνάγεται παρὰ τῆς γυναικὸς, ἐπὶ τῷ ἀνανεῶσαι τὴν δουλείαν. i. e. *Si fundum tuum servientem dotali fundo inaestimato maritus adquisierit, servitutes confunduntur: et litis aestimationem praestat: quodsi maritus solvendo non erit, mulieri dabitur actio utilis ad restaurandam servitutem.*

99) Eigentlich sollte der Mann dem praedio dotali die Servitut selbst wieder verschaffen. Es ist also etwas Besonders, daß er hier mit der aestimatio litis davon kommt. S. *Jac.* Cujacius Observation. Lib. XI. cap. 28.

100) Der griechische Scholiast sagt *Lib. IV. Basilic.* p. 721. Sch. I. τουτέστι κατάδικαξεται ὁ ἀνὴρ τὴν τῆς δουλείας διατίμησιν τῇ γυναικὶ παρασχεῖν. hoc est, *maritus condemnatur praestare mulieri aestimationem servitutis.*

1) Der Scholiast sagt c. l. Sch. m. Τὴν ἐν φάκτουμ νόησον, ἵνα κινῇ ἡ γυνὴ κατὰ τοῦ πράτου ἐπὶ τῷ ἀνανεῶσαι τὴν δουλείαν, τὸν ἀγρὸν ἀνησάμενος ὁ ἀνὴρ, πάλιν αὐτὸν ἀναδέδωκε τῷ πράτῃ, τῆς δουλείας δηλονότι ἀπηλλαγμένον. ὅυτω καὶ Θαλελαῖος ὁ μακαρίτης. *Intellige actionem in factum, ut mulier agat adversus venditorem ad redintegrandam servitutem. Cum fundum emisset maritus, rursus eum reddidit venditori, liberum scilicet. Ita quoque.* Thalelaeus.

Indem der Mann das dem fundo dotali dienende Grundstück erwarb, ward die darauf lastende Realservitut durch Confusion aufgehoben. Veräußerte er nun diesen fundus nachher wieder an den Verkäufer, ohne sich für das praedium dotale die Servitut wieder bestellen zu laßen; so muß er der Frau den Werth ersetzen, welchen dadurch ihr Dotalgut verloren hat. Nur denn, wenn der Mann außer Stande ist, die Frau zu entschädigen; kann sie actione utili gegen den Verkäufer auf Wiederherstellung der Servitut klagen. Außerdem könnte eigentlich der Mann keine servitutes fundo dotali debitas durch Nichtgebrauch verlieren, wie eben dieser Julian *libro XVI. Digestorum* sagt [2]). Einen andern Fall hat Tryphonin *libro XI. Disputationum* [3]). Si fundum, sagt er, quem Titius possidebat bona fide, longi temporis possessione [4]) poterat sibi quaerere, mulier ut suum marito dedit [5]) in dotem, eumque petere

2) *L.* 5. *D. de fundo dot.* S. *Jac.* CUJACII Commentar. in libr. XVI. Digestor. Salvii Juliani, ad L. 7. de fundo dot. *Oper. a* FABROTO *editor.* Tom. III. p. 118.

3) *L.* 16. *D. de fundo dot.*

4) Die meisten alten Ausgaben der Pandecten, Haloander, Miräus, Chevallon, Baudoza, Merlin u. a. m. lesen *et* longi temporis possessione, und Brenkmann in dem Geb. *Corp. iur.* Not. 45. hält das in der flor. Ausgabe fehlende *et* für nothwendig.

5) Das *dedit* in dotem haben die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 6. Const. 16. pag. 716. sehr richtig durch καταγράψῃ ausgedruckt, und der griechische Scholiast pag. 716. erklärt es: προικὸς ἐπιδέδωκεν, οὐκ αὐτὸν σωματικῶς τραδιτεύσασα τὸν αγρὸν, ἀλλ' ἐν τῷ προικιμιαίῳ συμβολαίῳ καταγράψασα. i. e. *in dotem*

neglexerit vir, cum id facere posset[6]), rem periculi sui fecit; nam licet lex Julia, quae vetat fundum dotalem alienari, pertineat etiam ad huiusmodi adquisitionem[7]) non tamen interpellat eam possessionem, quae per longum tempus fit, si, antequam constitueretur dotalis fundus, iam coeperat. Plane, si paucissimi dies ad perficiendam longi temporis possessionem superfuerunt; nihil erit, quod imputabitur marito[8]). Hier hatte der Mann

dedit, non ipsum quidem fundum tradens corporaliter; sed conscribens in instrumento dotali. Arn. Vinnius Comment. ad §. 40. I. de Rer. divis. nr. 3. wo er unsere Stelle ausführlich erklärt, interpretirt auch die Worte *dedit in dotem* durch dare destinavit, so wie es auch *L.* 14. *D. de iure dot.* in Verbindung mit *L.* 15. *eodem* erklärt werden muß. Hiermit stimmt ebenfalls *Jo. Jac.* Wissenbach Emblemat. Triboniani Cap. IV. pag. 58. (edit. *Halens.* 1736. 8.) überein.

6) Wenn nämlich die Frau die ihr deshalb zustehende Vindicationsklage dem Mann cedirt hatte, oder ihm zu cediren bereit war. S. Vinnius a. l. und Pothier Pandect. Justin. Tom. II. Lib. XXIII. Tit. 5. Nr. VI. not. d. pag. 36.

7) Es erscheint aus diesem Gesetz, daß die Lex Julia auch die Usucapion des fundi dotalis unter das Verbot der Alienation begreift. S. *Jac.* Cujacius Observation. Lib. XIV. cap. 9.

8) Der griechische Scholiast in *Basilic.* T. IV. pag. 726. Sch. 1. sagt: Τοῦτο φισιχώτερον νόησον, καὶ τοσαύτας θεμάτισον ἡμέρας, ὧν ἐντὸς οὐκ ἦν εἰκὸς τον ἄνδρα δυνάσθαι καὶ συνηγόρους διδάσκειν, καὶ ἐν αἰτιάσαι ποιεῖσθαι τὸν Τίτιον, καὶ πάντα πράττειν ὅσα δεῖ πρὸ τῆς προκαταρξεως πράττεσθαι. i. e. *Hoc*

versäumt, den ihm in dotem gegebenen fundus zu vindiciren, welchen inzwischen ein Dritter, der solchen in gutem Glauben besaß, durch Verjährung erwarb. Billig wird ihm diese Versäumniß zur Last gelegt; es müßten denn, wie er zu klagen im Stande war, nur noch so wenig Tage übrig gewesen seyn, daß es nicht mehr möglich war, in dieser kurzen Zeit durch Litiscontestation seine Unterbrechung der Verjährung zu bewirken. Nur dieses allein soll ihn zur Entschuldigung gereichen.

Ist die Frau bey der Uebergabe des Heyrathsgutes, wenn daßelbe venditionis causa geschätzt worden, oder bey der Zurücknahme der dos nach getrennter Ehe säumig, so steht der Mann in dem ersten Falle nicht für die Gefahr, und in dem letztern darf er nur dolum prästiren, für eine culpa, die ihn sonst verantwortlich machen würde, darf er nicht einstehen, wie besonders folgende Gesetzstellen bestätigen.

L. 14. D. de iure dotium. Ulpianus *libro XXXIV. ad Edictum.* Si rem aestimatam mulier in dotem dederit [9]), deinde ea moram faciente in

intelligendum cum naturali quadam aequitate, et tot pone dies, intra quos non erat verisimile posse maritum et docere advocatos, et in ius Titium vocare, et omnia facere, quae fieri oportet ante litem contestatam.

9) Azo erklärt das *dederit*, sehr richtig durch dare convenerit. Eben so Cujacius Observation. Lib. XIV. cap. 9. Dieses wird noch mehr durch die Erklärung des griechischen Scholiasten bestätiget, welcher Lib. IV. *Basilic.* pag. 565. Schol. z. sagt: Ἐὰν ἡ γυνὴ διατετιμημένον πρᾶγμα ἐπιδῷ λόγῳ προικὸς, καὶ μετὰ τὴν ἐν τῷ προικῴῳ συμβολαίῳ γενομένην ἐπίδοσιν,

traditione, in rerum natura esse desierit, actionem eam habere non puto.

L. 9. D. Soluto matrim. POMPONIUS *libro XIV. ad Sabinum.* Si mora per mulierem fuit, quo minus dotem reciperet, dolum malum duntaxat in ea re, non etiam culpam maritus praestare debet: ne facto mulieris in perpetuum agrum eius colere cogatur: fructus tamen, qui pervenissent ad virum, redduntur.

Ist der Mann bey dem Verlust von Dotalsachen auch ausser aller Schuld, so kann doch die Frau wenigstens von ihm fordern, daß er ihr die ihm allenfalls deshalb noch zustehende Klage cedire, wie ebenfalls Pomponius *libro XVI. ad Sabinum* [10]) lehrt, wo er sagt: Caeterum, si circa interitum rei dotalis dolus malus et culpa mariti absit, *actiones solas*, quas eo nomine quasi maritus habet, *praestandas mulieri*, veluti *furti* vel *damni iniuriae* [11]).

§. 1234.

Wer ist Eigenthümer der dos?

Ueber die Frage, wem das Eigenthum an der dos während der Ehe zustehe? theilen sich die Ansichten unse-

μόραν ἐν τῇ τραδιτίονι ποιήσει τοῦ πράγματος etc. i. e. *Si mulier rem aestimatam viro in dotem dederit, et post dationem in instrumento dotali factam, moram in rei traditione fecerit.*

10) *L.* 18. §. 1. *D. Soluto matrim.*

11) Man vergleiche über diese Stelle Hasse Culpa des Röm. Rechts §. 62. S. 255 ff.

rer Rechtsgelehrten. Nach einigen[12]) ist der Mann wahrer und völliger Eigenthümer der dos während der Ehe; nur in sofern die Frau auf künftige Zurückgabe Ansprüche hat, und dieselbe auch die Gefahr der nicht geschätzten Dotalsachen trägt, werde die dos auch noch zu ihrem Vermögen gerechnet. Andere[13]) hingegen sprechen dem Mann an den Dotalsachen das Eigenthum ab, wenn sie nicht in fungiblen oder solchen Sachen bestehen, welche der käuflichen Ueberlassung wegen geschätzt sind; sie eignen ihm ein bloßes Nutzungsrecht zu. Die meisten[14]) aber stimmen darin

12) *Jac.* Cujacius Observat. iur. Lib. X. cap. 32. Bachovechr Animadvers. ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. VII. Th. V. lit. C. *Corn. van* Eck Princip. iuris civ. sec. ord. Dig. P. II. h. t. §. penult. *Ant.* Merenda Controversiar. iuris. Lib. XIII. Cap. 45. *Henr.* Brenkman de Eurematic. Diatriba s. in *Herennii Modestini* Libr. sing. περι ευρηματικων. (*Lugd. Batav.* 1706. 8). *Arn.* Vinnius Comment. ad Princ. Inst. Quibus alien. licet. *Henr. God.* Bauer Comment. iur. civ. de marito fundi dotalis domino. *Lipsiae* 2760. *Frid. Gottl.* Zoller Diss. iuris controv. de iure dotis dominio recte accensendo. *Lipsiae* 1777. und von Löhr: Wer ist Eigenthümer der dos? in dem Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. 4. B. 1. Hft. Nr. V. S. 57—77.

13) *Hugo* Donellus Commentarior. iur. civ. Lib. X. cap. 4. §. Postremo. *Jo.* Vaudus Variar. Quaestion. iuris civ. (*Hanov.* 1607) Lib. II. Qu. 3. *Jo. Del.* Castillo de Usufructu. Cap. 4.

14) *Jo.* Voet Comment. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 19. *Marc. Aurel.* Galvanus de Usufructu. Cap. XXII. nr. VII — XIV. *Jul. Frid.* Malblanc Princip. iuris Rom. sec. ord. Dig. P. II. Sect. II. §. 630. *Car.*

überein, daß wenn das Heyrathsgut aus fungiblen, oder käuflich gegen einen bestimmten Preis dem Mann übergebenen Sachen besteht, der Mann voller Eigenthümer dieser Sachen werde, und auch in Ansehung derselben die Gefahr tragen müsse. Sind aber die Dotalsachen nicht fungibel, oder nicht käuflich übergeben, so erhalte der Mann während der Ehe ein so genanntes bürgerliches Eigenthum, oder wie es einige nennen, ein dominium cum administratione, der Frau aber bleibe blos ein ruhendes oder natürliches Eigenthum, ein dominium sine administratione, welches erst bey Auflösung der Ehe wieder auflebt, und völlig wirksam wird.

Die richtigste Ansicht scheint mir die zu seyn, wenn man folgenden Unterschied macht.

1) Sind die in dotem gegebenen Sachen geschätzt, und dem Ehemann gegen einen bestimmten Preis käuflich überlassen worden, so ist es keinem Zweifel unterworfen, daß der Ehemann derselben wahrer und voller Eigenthümer sey. Ob dann das Heyrathsgut in beweglichen oder unbeweglichen Sachen besteht, darauf kommt nichts an [15]. Der Mann ist in diesem Falle, wie jeder andere Käufer, blos debitor quantitatis, und diese Kaufsumme ist es, welche nun den Gegenstand der dos ausmacht. Daher muß auch der Mann die Gefahr tragen, wenn er gleich den Gebrauch der Sache der Frau überlassen hat. Dieses Eigenthum des Mannes an den ihm durch Aesti-

Christph. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 432. Thibaut Syst. des Pandect. Rechts. 1. B. §. 447. u. 448. Christph. Christ. Dabelow Handbuch des Pandectenrechts. 5. Th. §. 276. S. 418. f.

15) *L.* 10. *pr.* *L.* 52. *D. h. t.* *L.* 12. §. 3. *L. ult. D. de pact. dotalib.* *L.* 49. §. 1. *D. Soluto matrimonio.*

mation käuflich überlassenen Dotalsachen ist unwiderruflich, wenn die Frau nach getrennter Ehe den Schätzungswerth erhält, mögen denn auch die Sachen noch in Natur vorhanden seyn. Nur in dem einzigen Falle, da der Mann in Concurs verfällt, und die Frau auf andere Art ihre Befriedigung zu erhalten, nicht im Stande ist, ist ihr das Vindicationsrecht gestattet, wie dieses alles schon oben (§. 1230. b.) weiter ausgeführt worden ist. Nur Eins will ich hier noch bemerken, daß es eine der aestimatio dotis unrichtig angedichtete Eigenschaft sey, wenn man den Satz hat aufstellen wollen, daß es dabey der Willkühr des Mannes überlassen sey, ob derselbe nach getrennter Ehe die Sachen selbst wieder zurückgeben, oder den Preis dafür bezahlen wolle[16]) Eine solche Wahl wird nur dem Manne in dem Falle gestattet, wenn verabredet worden ist, *ut aut aestimatio, aut res praestentur*, wie die *L.* 10. *§. ult. D. h. t.* ausdrücklich sagt, wo auch noch der Grund beygefügt wird: *Nam et cum illa aut illa res promittitur, rei electio est, utram praestet.* Eben so kann sich auch die Frau die Wahl vorbehalten.

2) Was von geschätzten Sachen gilt, gilt auch von den so genannten fungiblen Sachen, res, quae pondere numero et mensura constant. Mit deren Tradition geht Eigenthum und Gefahr auf den Ehemann über. Denn er ist auch hier nur debitor quantitatis, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

L. 42. *D. de iure dotium.* Gajus *libro XI. ad Edictum provinciale.* Res in dotem datae, *quae*

16) Man sehe z. B. Martini Diss. de natura et indole dotis aestimatae ex iure Rom. *Helmst.* 1809. Cap. 1. §. 2. et 4.

pondere, numero, mensura constant[17]), mariti periculo sunt[18]): quia in hoc dantur, *ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat*[19]), et quandoque[20]) soluto matrimonio, eiusdem generis et qualitatis alias restituat vel ipse, vel heres eius.

17) Der griechische Scholiast *Basilicor.* Tom. IV. p. 582. Schol. i. führt folgende Beyspiele an: Οἷον ὕελος ἀργύρου, ἀργύρια ἀριθμούμενα, σῖτος, οἶνος, ἔλαιον μετρούμενον. i. e. *Ut massa argenti, pecunia numerata, frumentum, vinum, oleum admensum.* Cicero in *Orat. pro Caecinna.* Cap. 4. nennt ein solches Heyrathsgut *dos numerata*, i. e. quae in nummis posita est.

18) Sehr richtig bemerkt hierbey der griech. Scholiast a. l. Sch. k. ὅτι τὰ πόνδερα, γαμβρῷ, καὶ μετροῦμενα ἐπιδεδομένα λόγῳ προικὸς, τὴν τῶν διατετιμημένων. i. e. *res in dotem datas, quae numero, pondere et mensura constant, aestimatorum vicem obtinere.*

19) Cicero a. a. O. sagt: Cum *uteretur* dote uxoris numerata, quo mulieri esset res cautior, curavit, ut in eo fundo dos collocaretur. Hier heißt *uti* nichts anders, als mit der dos, wie mit seinem Eigenthume, nach Willkühr schalten. Denn M. Fulcinius kaufte für das Geld der Frau ein Grundstück, um es desto sicherer anzulegen. S. Scip. Gentilis Disputat. de aestimatione rerum in dotem datarum. Adj. *Eiusd.* libro de bonis maternis. pag. 162.

20) *Quandoque* ist hier soviel, als quandocunque, wie es öfters vorkommt. *L.* 15. §. 3. *D. Ex quib. caus. major. L.* 7. *D. de usufr. ear. rer. quae usu consum. L.* 25. *D. de condit. et demonstrat.* S. *Ant.* Schulting Notae ad Dig. a Smallenburg, animadvers. suis adject. edit. Tom. IV. ad L. 42. h. t. pag. 247. et ad Ulpiani *Fragm.* Tit. XV. not. 13. in *Jurisprud. vet. Antejust.* pag. 610.

Dieß sind solche Sachen, von denen Paulus sagt: quod earum datione possimus in creditum ire, quia magis in genere suo functionem recipiunt, quam in specie, und worinn auch mutui datio besteht. Daher ist die Restitution solcher Sachen, wenn sie in dotem gegeben worden sind, wie beym Darlehn.

3) In Ansehung der übrigen Sachen kommt es darauf an, ob sie bewegliche oder unbewegliche sind. Von den ersteren ist der Mann während der Ehe ebenfalls wahrer Eigenthümer; er kann sie daher wirksam veräußern, und ersetzt blos den Werth. War nun die Veräußerung mit Einverständniß der Frau geschehen, so war von jetzt an, statt der Sache, das pretium, wofür sie veräußert worden, in dote. Geschahe sie hingegen wider ihren Willen, so kann sie für die nachher noch hinzugekommenen Accessionen Ersatz fordern, weil die Frau, ohne die Veräußerung, auch diese gehabt hätte. Die Handlung selbst aber kann die Frau nicht anfechten, wenn sie auch wider ihren Willen geschehen wäre, wofern nur der Mann solvent ist. Daß aber der Mann a) während der Ehe wirklich Eigenthümer der Dotalsachen sey, und in dieser Hinsicht die dotis datio als eine iusta causa acquirendi dominii angesehen werde, erhellet aus folgenden Gesetzstellen.

L. 3. Cod. de servo pignori dato manum. (VII, 8.) *Imp.* GORDIANUS A. *Julianae.* Sive cum nupsisses, mancipia in dotem dedisti, sive post datam dotem de pecunia dotis maritus tuus quaedam comparavit: *iustis rationibus* 21) DOMINIA EORUM *ad*

21) Haloander liest *iuris* rationibus. Wenn in der Spangenberg. Ausgabe bemerkt wird, daß eben so

eum pervenerunt: ideoque frustra quaestionem super statu manumissorum conaris inferre, *qui* EIUS FACTI [22]), qui comparavit, vel *in dotem accepit*, ab eo iure potuerunt manumitti.

L. 7. §. 3. *D. de iure dot.* ULPIAN. *libro* XXXI. *ad Sabinum.* Si res *in dote* dentur, puto *in bonis mariti* fieri, accessionemque temporis marito ex persona mulieris concedendam [23]). *Fiunt autem*

alle übrige, namentlich Russard, Contius, Charondas, läsen, so ist dieses offenbar unrichtig. Ausser Haloander liest keine iuris. Alle, welche ich verglichen habe, Hugo a Porta, Lud. Russard, Lud. Charondas, Jul. Pacius, Claud. Chevallon. Wilh. Merlin, Baudoza Cestius, Dion. Gothofredus lesen *iustis* rationibus, und führen die Lesart *iuris* blos als Variante an. Dennoch scheint die haloandrinische Lesart die richtigere zu seyn. Der griechische Scholiast in den Basiliken Tom. VI. pag. 525. Sch. m. wo die *L.* 7. *κατὰ πόδας* übersetzt ist, hat: *τοῖς τοῦ νομίμου λογισμοῖς αἱ δεσποτεῖαι αὐτῶν εἰς αὐτὸν περιῆλθον.* i. e. IURIS *rationibus dominia eorum ad eum pervenerunt.*

22) Der hier angeführte Grund beweist deutlich, daß hier von keinem favore libertatis die Rede sey, wie DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. XIV. cap. 4. §. Postremo hic. meint.

23) Der griechische Scholiast *Basilicor.* Tom. IV. pag. 555. Schol. e. paraphrasirt diese Stelle so: *τῶν ἐπιδοθέντων πραγμάτων νομή, βόνα φίδε δὲ ταῦτα ἐνέμετο, κοντινουατεύεται τῷ ἀνδρὶ, καὶ προστίθεται ὁ χρόνος ὃν ἐνεμήθη τὰ πράγματα ἡ γυνή.* i. e. *Rerum in dotem datarum possessio marito continuatur, et coniunguntur tempora inter virum et uxorem, quae bona fide possidebat.* Der Sinn dieser Stelle geht also da-

res mariti; si constante matrimonio in dotem dentur. Quid ergo si ante matrimonium? Si quidem sic dedit mulier, ut statim eius fiant, efficiuntur; enimvero si hac conditione dedit, ut tunc efficiantur, cum nupserit, sine dubio dicemus, tunc eius fieri, cum nuptiae fuerint secutae.

L. 9. §. 1. *D. eodem.* Ulpian. eod. Si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis dotis efficiantur, et ante nuptias decessero: an, secutis nuptiis, dotis esse incipiant? Et vereor, ne non possint in dominio eius effici, cui datae sunt: quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo, qui dedit, et[24]) quia pendet donatio in diem nuptiarum: et cum sequitur conditio nuptiarum, iam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo, fatendum est. Sed benignius est, favore dotium, necessitatem imponi heredi consentire ei, quod defunctus fecit: aut si distulerit, vel absit, *etiam nolente, vel absente eo, dominium ad maritum ipso iure transferri: ne mulier maneat indotata*[25]).

hin, ist die Frau Eigenthümerin der in dotem gegebenen Sachen, so geht auch das Eigenthum derselben auf den Mann über; wird aber der Mann nur in conditionem usucapiendi versetzt, so kommt ihm auch die Zeit zu statten, da die Frau die Sachen schon bona fide besaß. S. Pothier Pand. Justin Tom. II. h. t. Nr. XXXVII. Not. a. pag. 25.

24) *Et* quia lesen Haloander, Merlin, Baudoza, u. mehrere.

25) Diese ganze Stelle von den Worten: Sed benignius an, will *Ant.* Faber Conjecturar. iuris civ. Lib. VIII.

L. 3. §. 1. *D. de Publiciana in rem actione.* Ulpian. *libro XVI. ad Edictum.* Qui iustam causam traditionis habet, utitur Publiciana. Et non solum emtori bonae fidei competit Publiciana, sed et aliis: utputa ei, *cui dotis nomine tradita res est*, necdum usucapta; est enim iustissima causa, sive aestimata res in dotem data sit, sive non.

L. 3. §. 21. *D. de acquir. vel amitt. possess.* Paulus *libro LIV. ad Edictum.* Genera possessionum tot sunt, quot et *causae adquirendi eius, quod nostrum non sit:* velut pro emtore, pro donato, pro legato, *pro dote.*

§. 40. *I. de Rer. divisione.* Sed si quidem ex causa donationis, aut *dotis*, aut qualibet alia ex causa tradantur, *sine dubio transferuntur.*

Daß aber b) die Frau die Handlung des Mannes, wenn sie auch wider ihren Willen geschehen ist, nicht durch ihren Widerspruch vernichten könne, sondern der Mann nur herausgeben müße, was er dadurch gewonnen hat, bestätigen folgende Gesetzstellen.

L. 61. *D. Soluto matrim.* Papinian. *libro XI. Quaestionum.* Dotalem servum vir invita uxore manumisit: heres solus vir a liberto institutus portionem hereditatis, quam ut patronus consequi potuit ac debuit, restituere debet: alteram vero portionem dotis iudicio: si modo uxor manumittenti refragatur.

c. 9. und de Errorib. Pragmaticor. Decad. XLV. Err. 3. dem Tribonian zuschreiben. Allein ohne hinreichenden Grund. S. *Franc. de* Amaya Observation.

Die Manumission des zur dos gehörigen Sklaven war also gültig, wenn sie gleich wider den Willen der Frau geschehen war. Denn, als Eigenthümer, war der Mann zur Manumission berechtiget [26]: Der Mann ward also auch Patron des Freygelassenen [27]. Allein was derselbe durch das Patronatrecht erworben hatte, muste er der Frau herausgeben, jedoch mit dem Unterschiede, daß die Frau den Erbtheil, der dem Manne, als Patron, aus der Verlassenschaft des Freygelassenen gebührte, schon während der Ehe abfordern konnte, weshalb ihr die condictio ex Lege Julia et Papia zustand [28]), welche unstreitig Scävola meint, wenn er *L. 65. D. eodem* sagt: Haec actio, etiam constante matrimonio, mulieri competit [29]). Was hingegen der Mann nicht,

26) *L. 3. Cod. de iure dot.* Vorausgesetzt, daß der Mann solvent war, wie aus *L. 21. D. de manumissionib.* und *L. 1. Cod. de servo pign. dato* erhellet. War er nicht solvent, so stand die Lex Aelia Sentia der Manumission entgegen. *L. 10. D. Qui et a quibus manumissi. Pr. I. Quib. ex caus. manumitt. non licet.*

27) *L. 3. §. 2. D. de suis et legitim. heredib.*

28) Denn die Lex Julia de maritandis ordinibus handelte auch von der Manumission eines Dotalsclaven. S. *Greg.* MAJANSIUS Disputation. iuris civ. Tom. I. Disp. X. §. 27. pag. 189. seqq. und den 13. Th. dieses Commentars §. 842. S. 250. ff.

29) S. *Jac.* CUJACIUS Observat. Lib. II. cap. 34. *Jos. Fernand. de* RETES Commentar. ad libr. sing. Scaevolae Quaestion publice tractatar. ad L. 65. D. Soluto matr. (in *Thes. Meerm.* Tom. VI. pag. 169. sq.) VOORDA Thes. controv. Decad. XI Th. 10. und *Ant.* SCHULTING Notae ad Dig. s. Pand. a SMALLENBURG edit. Tom. IV. ad L. 65. D. Soluto matr. pag. 353.

als Patron, durch die Manumission erhalten hätte, z. B. wenn ihn der Freygelassene zum alleinigen Erben eingesetzt hatte, diesen übrigen Theil der Erbschaft konnte die Frau erst nach getrennter Ehe mit der actio dotis fordern. Ein ganz anderes Verhältniß hatte Statt, wenn die Manumission nicht wider den Willen der Frau, sondern von dem Manne als negotiorum gestor derselben geschehen war. Hier durfte er der Frau nur das restituiren, was er als Patron durch die Manumission erhalten hatte, oder hätte erhalten können, alles übrige, was er alio iure erhielt, konnte er behalten, wie Ulpian *libro VII. ad Legem Juliam et Papiam* sagt. Es ist

L. 64. *D. eodem* Si vero negotium gerens mulieris *non invitae*, maritus dotalem servum *voluntate ejus* manumiserit: debet uxori restituere, quidquid ad eum pervenit. §. 5. *Si modo ad eum quasi ad patronum pervenerit;* caeterum si *alio iure*, non cogetur praestare: nec enim beneficium, quod in eum libertus contulit, hoc uxori debet, sed id tantum, *quod iure patronatus adsequitur*, *vel adsequi potuit.* Plane si ex maiore parte, quam debet, heres scriptus fuerit, quod amplius est, non praestabit: et si forte, cum ei nihil deberet libertus, heredem eum scripsit, nihil uxori restituet [30]).

Daß aber c), wenn die Frau mit der Disposition des Mannes über die Dotalsache einverstanden war, das pretium, wofür die Sache veräußert worden, von diesem Augenblick an in dote sey, beweißt folgende Stelle aus des Pomponius *libro XVI. ad Sabinum.*

30) S. Hasse Culpa des Röm. Rechts. S. 567—569.

L. 32. *D. h. t.* Si ex lapidicinis dotalis fundi lapides vel arbores, quae fructus non essent, sive superficiem aedificii dotalis *voluntate mulieris* vendiderit: nummi ex ea venditione recepti, *sunt dotis.*

4) Besteht endlich das Heyrathsgut in nicht geschätzten unbeweglichen Sachen; so ist auch von diesen der Mann während der Ehe wahrer Eigenthümer. Folgende Stellen lassen daran nicht zweifeln.

Pr. I. Quibus alienare licet, vel non. Accidit aliquando, ut *qui dominus sit*, alienare non possit; et contra, qui dominus non sit, alienandae rei potestatem habeat, Nam *dotale praedium* maritus invita muliere per *Legem Iuliam* prohibetur alienare: *quamvis ipsius sit*, dotis causa ei datum [31]).

Theophilus Paraphr. graeca h. I. Ὁ τοίνυν ἀνὴρ πάντα τὰ ἐπιδοθέντα αὐτῷ ἐν προικὶ ὡς δεσπότης ἐκποιῶν, μετατίθησιν ἐπὶ τὸν λαμβάνοντα τὴν δεσποτείαν. τὸν δὲ δοτάλιον ἀγρὸν τουτέστι τὸν εἰς προῖκα ἐπιδοθέντα, ὁ Ἰούλιος νόμος ἐκποιεῖσθαι κωλύει καὶ ταῦτα δεσπότου ὄντος τοῦ ἀνδρός. i. e. *Vir igitur omnia sibi in dotem data* TAMQUAM DOMINUS *alienans, dominium in accipientem transfert: dotalem vero agrum, id est, in dotem datum, Lex Julia alienare prohibet, quamquam vir sit* DOMINUS.

31) Gajus, aus dessen Institutionen Lib. II. §. 63. diese Stelle genommen ist, sagt: *vel mancipatum ei dotis causa, vel in iure cessum, vel usucaptum.*

L. 13. §. 2. *D. de fundo dotali.* ULPIAN. *libro V. de adulteriis.* DOTALE PRAEDIUM sic accipimus, *cum dominium marito quaesitum est:* ut tunc demum alienatio prohibeatur.

L. 23. *Cod. de iure dotium.* Impp. DIOCLET. et MAXIM. AA. et CC. *Diogeni.* Si praedium uxor tua dotale venundedit: sponte necne contractum ratum habuerit, nihil interest: cum rei tibi quaesitae dominium auferre nolenti minime potuerit.

Eine Folge davon ist, daß wenn die Frau ein Grundstück in dotem giebt, dem vor der Ehe ein Grundstück des Mannes dienstbar war, die Servitut durch Confusion erlöscht, welches doch nur dann der Fall ist, si idem utriusque praedii *dominus* esse coeperit, wie Gajus *libr. VII. ad Edictum provinciale* [32]) sagt. Daß aber durch die dotis datio eine solche confusio servitutis geschieht, lehrt eine Stelle Julians *libro XVI. Digestorum*, wo es *L.* 7. §. 1. *D. de fundo dotali* heißt:

Sed cum uxor fundum, cui praedia viri servitutem debebant, in dotem dat, fundus ad maritum pervenit amissa servitute: et ideo non potest videri per maritum ius fundi deterius factum. Quid ergo est? Officio de dote iudicantis continebitur, ut redintegrata servitute iubeat fundum mulieri vel heredi eius reddi.

Eine weitere Folge dieses Eigenthums ist es, daß der fundus dotalis nach dem Tode des Mannes mit

32) *L.* 1. *D. Quemadmod. servitutes amitt.*

seinem übrigen Vermögen an seine Erben fällt, ja im Falle der Confiscation seines Vermögens, mit demselben auch an den Fiscus kommt, wie nach folgenden Stellen der Pandecten außer Zweifel ist.

L. 1. §. 1. *D. de fundo dotali.* PAULUS *libro XXXVI. ad Edictum.* Sed et *per universitatem* transit praedium, secundum quod possibile est, ad alterum: veluti *ad heredem mariti*: cum suo tamen iure, ut alienari non possit.

L. 2. §. 1. *D. eodem.* ULPIANUS *libro V. de Adulteriis.* Quare, et si *ad fiscum* pervenerit, nihilominus venditio fundi impeditur: quamvis fiscus semper idoneus successor sit, et solvendo.

Gleichwohl lehrt Tryphoninus *libro VI. Disputationum*, woraus die *L.* 75. *D. h. t.* genommen ist;

Quamvis *in bonis mariti* dos sit, *mulieris tamen est.* — Huius etiam constante matrimonio, *quamvis apud maritum dominium sit*, emolumenti potestatem esse creditur; cuius etiam matrimonii onera maritus sustinet.

Eben so sagt Paulus *L.* 71. *D. de evict.* Non enim, sicut *mulieris dos est*, ita patris esse dici potest.

Desgleichen Africanus *L.* 4. *D. de collat. bonor.* Filium emancipatum dotem, quam filiae suae nomine dedit, conferre non debere: quia non sicut *in matrisfamilias bonis esse dos intelligatur*, ita et in patris, a quo sit profecta.

Ja Aemilius Macer sagt sogar *L.* 15. §. 3. *D. Qui satisdare cogantur:* Si fundus in dotem datus

est, tam uxor, quam maritus propter possessionem eius fundi [33]) *possessores* intelliguntur.

Nach dieser Ansicht wären also beyde Ehegatten Eigenthümer der dos. Denn Macer sagt kurz vorher:

33) Cujacius Observation. Lib. X. cap. [illegible] will *propter petitionem eius fundi* lesen. Ihm stimmt auch Finestres *et de* Monsalvo de iure dotium Lib. IV. cap. 14. pag. 184. bei. Beyde erklären petitio fundi durch rei vindicatio. Allein dagegen hat schon *Nic.* Smallenburg ad *Ant.* Schultingii Not. ad Dig. s. Pand. Tom. I. ad L. 15. cit. pag. 290. sq. erinnert, daß während der Ehe nicht der Frau, sondern allein dem Manne die vindicatio rei dotalis zustehe. *L. 11. C. h. t. L. 9. C. de rei vindicat.* Nach getrennter Ehe hat nun zwar jetzt auch die Frau das Vindicationsrecht, nämlich nach der Verordnung des Kaisers Justinian *L. 30. C. h. t.* Aber noch nicht zu den Zeiten des Macer, wo das ganze Recht der Frau nur in einer Forderung gegen den Mann oder dessen Erben bestand, zu deren Sicherheit ihr ein privilegium exigendi gegeben war. *L. 74. D. h. t.* Smallenburg c. l. hält die Worte; *propter possessionem*, für einen unächten Zusatz, der sich als Randglosse in den Text eingeschlichen hat. Denn in den Basiliken Tom. I. pag. 354. stehen sie nicht. Galvanus de Usufructu. Cap. 22. Nr. IX. pag. 247. der Tübinger Ausgabe versteht unter *possessio* proprietas. Die Ansicht des Macer scheint mir jedoch ganz mit der des Tryphoninus, und der übrigen Rechtsgelehrten übereinzustimmen, welche dem Manne das dominium dotis während der Ehe zuschreiben, und dennoch sagen, dos mulieris est. Macer konnte in Beziehung auf die Befreyung von der Satisdation, von welcher er hier spricht, um so mehr auch die Frau als possessor fundi dotalis ansehen, da nach der Lex Julia der Mann den fundus dotalis nicht veräussern durfte, und nach getrennter Ehe restituiren mußte.

Possessor autem is accipiendus est, qui in agro, vel civitate rem soli possidet; aut ex asse, aut pro parte. — Item, qui solam proprietatem habet, *possessor* intelligendus est. Eum vero, qui tantum usumfructum habet, *possessorem* non esse, Ulpianus scripsit. Dieses scheint auch noch mehr Justinian zu bestätigen, wenn er *L.* 30. *Cod. de iure dot.* sagt:

„In rebus dotalibus, sive mobilibus, sive immobilibus, seu se moventibus, *si tamen extant*, sive aestimatae, sive inaestimatae sint, *mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam iubemus, et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare:* cum eaedem res *et ab initio uxoris fuerint*, et *naturaliter in eius permanserint dominio*. Non enim, *quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri*, ideo *rei veritas* deleta vel confusa est. Volumus itaque eam *in rem actionem* in huiusmodi *rebus quasi propriis* habere, et *hypothecariam omnibus anteriorem possidere:* ut sive ex naturali iure eiusdem mulieris res esse intelligantur sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse videantur, per utramque viam, sive *in rem*, sive *hypothecariam*, ei plenissime consulatur. Omnis autem temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta, sive per decem, sive per viginti annorum curricula, sive per triginta vel quadraginta annorum metas, sive ex alio quocunque tempore maiore, vel minore sit introducta: ea mulieribus ex eo tempore oppo-

natur, ex quo possint actiones movere, id est, opulentis quidem maritis constitutis, post dissolutum matrimonium: minus autem idoneis, ex quo hos infortunium eis illatum esse claruerit: cum constante etiam matrimonio posse mulieres contra maritorum parum idoneorum bona hypothecas suas exercere, iam nostra lege humanitatis intuitu definitum sit: ficti divortii falsa dissimulatione in huiusmodi causa, quam nostra lex amplexa est, stirpitus eruenda.

Erwägt man nun aber dagegen, daß nach dem Ausspruche des Ulpianus[34]) zweyen zugleich das Eigenthum an der nämlichen Sache in solidum, nicht zustehen könne; so entsteht nun die Frage, wie das juristische Räthsel aufzulösen sey, wenn die angeführten Gesetze sagen, daß der Mann Eigenthümer der dos sey, und, dieser Anerkennung des Eigenthumsrechts des Mannes ungeachtet, doch auch behaupten können, daß die dos der Frau gehöre? Schon an einem andern Orte[35]) habe ich mich für die Meinung derjenigen erklärt, welche der Frau während der Ehe das natürliche Eigenthum, d. h. das bloße Eigenthum der Substanz nach, ohne Wirksamkeit, dem Mann hingegen das bürgerliche Eigenthum an dem Heyrathsgute, d. h. das ausschließliche Recht zur Ausübung der in dem Eigenthume über dasselbe enthaltenen Rechte einräumen. In der That scheint mir auch Justinian von dieser Ansicht ausgegangen zu seyn. Denn die Frau, sagt Justinian, war ursprünglich Eigenthümerin des in dotem gegebenen Grundstücks, und ist es auch naturaliter, oder wie er

34) *L.* 5. §. *ult. D. Commodati.*

35) S. den 8. Th. dieses Commentars §. 577. S. 71.

nachher sagt, naturali iure, d. h. der Substanz nach, oder in Ansehung der Proprietät, geblieben, insofern sie nicht dem Ehemann das Eigenthum an demselben käuflich überlassen hat. Nam in rebus dotis aestimatis dominium et periculum mariti est, sagt Justinian selbst in einer noch neuern Verordnung *L. un.* §. 15. *Cod. de rei uxoriae actione*; ein solcher fundus non aestimatus werde auch im eigentlichen Sinn *dotalis* genennt. Das Eigenthum des Mannes hingegen beruhe, sagt Justinian weiter, auf einer bloßen *subtilitate legum*, wodurch aber die wahre Gestalt der Sache nicht aufgehoben werde. Dieß ist es, was die Doctrin dominium *civile* nennt. Denn da die Frau dem Mann das Heyrathsgut blos zu dem Zweck überläßt, um die Lasten der Ehe davon zu bestreiten; so muß sie ihm auch das dazu erforderliche Dispositions- und Verwaltungsrecht überlaßen, so weit nicht die Gesetze selbst dem Manne hierin zum Besten der Frau Grenzen gesetzt haben. Um den Zweck der dos zu erreichen, muste also dem Ehemanne auch die Ausübung der in dem Eigenthume der Frau enthaltenen Rechte eingeräumt werden. In Hinsicht dieser Ausübung wird daher der Ehemann nach der Subtilität der Gesetze während der Ehe eben so angesehen, als wäre er selbst Eigenthümer der dos; d. h. in bonis mariti dos est, wie Tryphoninus sagt; gerade eben so, wie die Gesetze vom Vater sagen, er benutze und verwalte das Vermögen der Kinder, woran ihnen die Proprietät zusteht, während sie in seiner väterlichen Gewalt sind, eben so, tanquam solidum perfectumque dominium ei adquisitum esset [36]).

36) *L.* 1. C. *de bonis maternis.*

Dieser Ansicht, welche also den Gesetzen gar nicht fremd ist, steht nun auch der Ausspruch des **Ulpianus** nicht entgegen, duorum quidem *in solidum* dominium esse non posse. Denn dieses ist hier der Fall nicht, weil die Frau die wahre Eigenthümerin ist, und bleibt, und der Mann nur die Eigenthumsrechte der Frau, welche ihrer Seits während der Ehe ruhen, zur Bestreitung der ehelichen Lasten ausübt. Eben so wenig steht dieser Ansicht entgegen, daß **Justinian** der Frau an den als dos gegebenen Sachen, sie mögen ästimirt, oder nicht ästimirt übergeben worden seyn, ein vor allen andern privilegirtes Pfandrecht giebt. Denn daraus folgt noch nicht, daß nach dieser Verordnung der Frau kein Eigenthum an den rebus dotalibus zustehen könne, weil der Grundsatz, Eigenthum und Pfandrecht können nicht in einer Person vereinigt seyn, seine Ausnahmen leidet, besonders in dem Falle, wo die Gesetze einigen Personen aus besonderer Begünstigung, wie hier der Ehefrau, Eigenthum, und außerdem zur vollen Sicherheit noch ein Pfandrecht geben [37]. Daß hier das eine, wie das andere vollkommen wirksam gemacht werden kann, giebt ja **Justinian** selbst in den Worten: ut sive *ex naturali iure* eiusdem mulieris res esse intelligantur, sive *secundum legum subtilitatem* ad mariti substantiam pervenire videantur, *per utramque viam, sive* IN REM, *sive* HYPOTHECARIAM, *ei* PLENISSIME *consulatur*; deutlich genug zu erkennen.

37) S. den Aufsatz: das Pfandrecht an eigener Sache von Hrn. Hofr. u. Prof. von **Wening-Ingenheim** in dem Archiv für die civilist. Praxis, herausgegeben von D. von **Löhr, Mittermaier** und **Thibaut**, 6. Band, 1. Heft, (**Heidelberg** 1823.) Nr. V. S. 134—150.

So nach Justinians unverkennbarer Ansicht. Man kann aber auch im Geist der ältern römischen Rechtsgelehrten sagen, daß der Mann das wahre und volle Eigenthum an dem fundus dotalis non aestimatus habe. Da es ihm jedoch nicht unbedingt, sondern ad sustinenda matrimonii onera gegeben ist, und also der Mann die Verpflichtung hat, den fundus nach getrennter Ehe zu restituiren; so ist sein Eigenthum ein widerrufliches, und durch das Veräußerungsverbot beschränktes Eigenthum. Es gehört demnach der fundus dotalis non aestimatus in sofern noch zu dem Vermögen der Frau, als dieselbe auf künftige Zurückgabe Ansprüche hat. In sofern konnte mit Recht gesagt werden, dos *uxoris est*, dos *in bonis uxoris* esse intelligitur [38]).

38) Die Redensart *in bonis esse*, drückt nicht nur das aus, was in unserm Eigenthume ist, sondern auch, was überhaupt zu unserm Vermögen gehört. Zu unserm Vermögen gehören aber auch Forderungen, Ansprüche, Klagen, wie Ulpian lehrt *L.* 49. *D. de Verbor. Signif.* In bonis autem nostris computari sciendum est, non solum, quae *dominii nostri* sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sint. Aeque bonis adnumerabitur etiam, *si quid est in actionibus*, *petitionibus*, *persecutionibus;* nam haec omnia in bonis esse videntur. Eben so sagt Modestin *L.* 52. *D. de adquir. rer. domin.* Rem in bonis nostris *habere intelligimur*, quoties possidentes, *exceptionem*, aut amittentes, ad reciperandam eam, *actionem* habemus. In eben dieser Beziehung sagt denn Paulus *L.* 15. *D. de Reg. iuris.* Is qui *actionem* habet *ad rem recuperandam*, *ipsam rem habere* videtur; und eben so Ulpian *L.* 143. *D. de Verb. Signif.* Id apud se quis *habere* videtur, de quo habet actionem: habetur *enim*, *quod* peti *potest.* S. *Jac.* Go-

In eben dieser Hinsicht hatte aber auch Paulus Recht, wenn er sagt, die dos, wenn sie gleich während der Ehe in bonis mariti sey, sey doch bey der Bestimmung des reinen Vermögens des Mannes nicht mitzurechnen, wenn nach dessen Größe die öffentlichen Vermögens-Abgaben an den Staat bestimmt werden sollen [39]). Da also der Mann wegen der Ansprüche der Frau auf künftige Restitution des Heyrathsguts nur ein widerrufliches Eigenthum hat; so erklärt sich nun daraus, warum der Mann, als debitor speciei, für dolus, culpa, und für diligentia, qualem in suis rebus exhibet, einstehen muß. Dieß kann nicht auffallen, wenn man erwägt, daß ja der Verkäufer noch strenger gehalten ist, welcher auch bis zur Uebergabe der Sache noch Eigenthümer bleibt [40]). Und es hängt damit vollkommen zusammen, wenn die Frau bey nicht geschätzten unbeweglichen Dotalgütern das periculum casus trägt, weil der Mann, als debitor speciei, von seiner Verbindlichkeit frey wird, wenn die Sache durch einen

THOFREDUS in Comm. ad Tit. D. de div. reg. iur. ad L. 15. cit. pag. 72. sq.

39) *L.* 21. §. 4. *D. ad municipal.* PAULUS *libro I. Responsor.* Idem respondit, *constante matrimonio dotem in bonis mariti esse:* sed si ad munera municipalia a certo modo substantiae vocentur, dotem non debere computari. Haloander liest zwar *accepto* modo substantiae *vocetur. Claud.* CHEVALLONIUS und BAUDOZA CESTIUS aber *accepto* modo substantiae *convocetur.* Allein die florent. Lesart bestätigen die *Basilica* T. VI. pag. 674. ἐὰν δὲ πρὸς τὸ μέτρον τῆς οὐσίας ἐπιφέρεται λειτουργία.

40) *L.* 2. §. 1. und *L.* 3. *D. de periculo et commodo rei venditae.*

Zufall, den er nicht zu vertreten hat, zu Grunde geht[41]. Da Justinian durch seine Constitution der Frau, welcher bis auf seine Zeiten wegen ihrer dos nur ein persönliches privilegium exigendi zustand, um ihr Heyrathsgut auf alle mögliche Art zu sichern, einen doppelten Weg geöffnet hatte, auf welchem sie nach getrennter Ehe die zuverläßigste Restitution ihres Heyrathsgutes erwirken könnte, nämlich entweder durch eine actio in rem oder durch die actio hypothecaria; so schien es ihm, wie Ulrich Huber[42]) sagt, nothwendig zu seyn, die Frau für die eigentliche wahre Eigenthümerin der dos zu erklären. Allein man kann immerhin mit Theophilus[43]) sagen, die Frau mache durch die Uebergabe den Mann zum Eigenthümer des ganzen Brautschatzes; dennoch kann sich die Frau nach getrennter Ehe der Reivindication bedienen[44]), weil das Eigenthum der dos, nachdem der Zweck derselben aufgehört hat, wieder an die Frau zurückfällt[45]).

41) *L.* 23. *D. de Verb. obligat.* *L.* 107. *D. de solution.* S. den 4. Theil dieses Commentars §. 326. b. S. 379.

42) Digression. Iustinian. Lib. IV. Cap. 9. pag. 290.

43) *Paraphr. graec.* ad pr. Tit. Quib. alien. licet. Καὶ διὰ τῆς τραδιτίονος δεσπότην αὐτὸν ἐποίησε τῆς πάσης προικός.

44) Nach der Constitution des K. Justinian *L.* 30. *C. h. t.* ist dieses ausser Zweifel. Nur nach dem ältern Rechte stand der Frau nach getrennter Ehe eine blos persönlich privilegirte Klage gegen den Mann oder dessen Erben zu. S. *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. §. Accepisti. (*Oper.* Tom. II. pag. 504. sq.)

45) S. *Aem. Lud.* Homberg zu Vach Diss. de reviviscentia iurium exstinctorum. (*Marb.* 1743.) Cap. II. §. 7. et Cap. I. §. 15. sqq. Anderer Meinung ist H.

§. 1235.

II. Eigenthumsrechte des Mannes am Heyrathsgute der Frau.

Als Folge des Eigenthums, welches dem Ehemann während der Ehe am Heyrathsgute seiner Ehefrau zusteht, kommen ihm also auch II. die Eigenthumsrechte zu[46]. Der Mann hat daher 1) das Recht, die Dotalsachen mit der rei vindicatio von jedem Besitzer abzufordern[47]. Er kann sich auch der actio publiciana[48], und der condictio ob iniustam causam, selbst gegen seine Frau bedienen[49]. Er hat 2) das Recht, die Dotalforderungen von den Schuldnern actione utili einzuklagen[50]. 3) Das Recht, die Dotalsachen zu veräußern, nur mit Ausnahme der Grundstücke, wovon der folgende §. handelt. 4) Er kann die als dos gegebenen Sclaven nach seinem Gefallen, auch gegen den Willen der Frau, manumittiren[51]. 5) Fiel einem servus dotalis eine Erbschaft an, so konnte nur der Mann dem Sclaven den Befehl geben, die Erbschaft entweder anzutreten oder auszuschlagen, wenn auch in dem

von Löhr im Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. IV. Bd. S. 61. und S. 77.

46) S. *Ant.* Merenda Controv. iuris. Lib. XIII. Cap. 45. §. 18—41.

47) *L.* 11. *C. de iure dot. L.* 24. *D. de act. rer. amot.*

48) §. 4. *I. de action. L.* 3. §. 1. *L.* 13. *pr. D. de public. in rem act.*

49) *L.* 24. *D. de act. rer. amotar.*

50) *L.* 2. *Cod. de obligat. et action.*

51) *L.* 21. *D. de Manumiss. L.* 3. *Cod. de iure dot. L. ult. Cod. de servo pign. dato.*

ersten Falle die Erbschaft der Frau erworben wurde [52]. Denn wenn gleich dem Mann gehörte, was ein servus dotalis aus seinen Diensten erwarb; so war doch die Antretung der Erbschaft dahin eben so wenig, als die Erbschaft selbst ad fructus dotis zu rechnen, sondern sie muste der Frau nach getrennter Ehe mit der dos restituirt werden [53], wenn nicht der Testirer ausdrücklich erklärt hatte, daß die Erbschaft dem Mann gehören solle [54].

52) *L.* 58. *D. Soluto matrimonio.*

53) *L.* 43. *pr. et* §. 1. *D. de acquir. vel omittenda heredit.* *L.* 19. §. 1. *D. de peculio.*

54) *L.* 65. *D. h. t.* POMPONIUS *libro V. ad Quint. Mucium.* Si legato, aut hereditate aliquid servo dotali obvenit, *quod testator noluit ad maritum pertinere*, id soluto matrimonio reddendum est mulieri. Es ist hier von einem servus dotalis inaestimatus die Rede, wie auch der griechische Scholiast *Basilicor.* Tom. IV. pag. 609. Sch. t. bemerkt: δοτάλιον λέγω τὸν ἀδιατίμητον. NOLUIT heißt hier *non diserte voluit*, wie es *Henr.* BRENKMAN in Diatr. de Eurematicis, s. in *Herennii Modestini* libr. sing. περι Ευρηματικων Commentar. Cap. V. pag. 81. *Greg.* MAJANSIUS ad trig. JCtorum omnia fragmenta, quae extant in iuris civ. corp. Tom. I. pag. 295. und *Ant.* SCHULTING Not. ad Dig. s. Pand. Tom. IV. ad h. L. pag. 256. sq. erklären. Diese Erklärung stimmt auch ganz mit der des griechischen Scholiasten Stephanus überein, welcher am angeführten Orte sagt: τουτέστιν, εἰ μὴ διαθέσει αὐτοῦ τὴν κληρονομίαν, ἢ τὸ ληγάτον καταλέλοιπεν. i. e. *Si non contemplatione eius hereditatem, aut legatum reliquit.* MAJANSIUS bemerkt a. a. O. Hanc loquendi figuram vocant Rhetores λιπτοτεν, per quam contrarii negatione plus significatur, quam dicitur. Man

6) Der Mann kann auch titulo pro dote usucapiren, wenn ihm fremde Sachen zum Heyrathsgute gegeben worden, welche der Mann im guten Glauben empfing [55]), und ihm kommt, so gut als der Frau, die accessio possessionis zu statten [56]). 7) Der Mann kann endlich auch wegen der dos im eignen Namen vor Gericht Processe führen, und die Rechte derselben sowohl durch Klage als Einrede verfolgen [57]).

§. 1236.

Veräusserungsrecht des Mannes.

Soviel noch insonderheit das dem Ehemann über die dos zustehende Veräusserungsrecht anbetrifft, so macht die Eigenschaft der dazu gehörigen Sachen in Absicht auf

sehe auch *Jac.* Voorda Thes. controvers. Dec. V. §. 9. und Pothier Pand. Justin. Tom. II. Tit. Soluto matrimon. Nr. XXXIII. not. e. pag. 64.

55) *Tot. Tit. Dig. pro dote.* XLI. 9. *L. un. Cod. eod.* VII. 28.

56) *L.* 13. §. 6. *D. de acquir. vel amitt. possess.*

57) *L.* 18. *in fin. D. Soluto matrim.* *L.* 49. §. 1. *D. de furtis*, wo Gajus sagt: Item rei dotalis nomine, quae periculo mulieris est, non mulier *furti actionem* habet, sed maritus. Eben so rescribiren die Kaiser Diocletian und Maximian *L.* 11. *Cod. de iure dot.* De his, quae in dotem data ac direpta commemoras, *mariti tui esse actionem*, nulla est dubitatio. Gegen den Mann findet auch das iudicium communi dividundo Statt. *L.* 2. *C. de fundo dotali.* so wie er mit der hereditatis petitio utilis belangt werden kann, wenn ihm eine Erbschaft als dos gegeben worden ist. *L.* 13. §. 10. *D. de hereditat. petit.*

die Veräußerungsbefugniß einen sehr wichtigen Unterschied. Sind es nämlich 1) fungible oder auch andere bewegliche Sachen, so steht dem Ehemann in Ansehung derselben, als vollkommenem Eigenthümer, ein unbeschränktes Verfügungs- und Veräußerungsrecht zu. Er kann sie verbrauchen, verkaufen, einem Dritten legiren, solche verpfänden, ja er kann auf eine solche Art darüber verfügen, wodurch die Sache dem Eigenthume auf immer entzogen wird [58]. Dahin gehörte bey den Römern vorzüglich die Manumission der Sclaven, welche dem Manne, wie bereits oben bemerkt worden, selbst wider den Willen der Frau, freystand, wenn er nur solvent war. Von dieser sprechen daher die Gesetze häufiger, als von anderen Veräußerungsfällen, weil hierbey so Manches einer näheren gesetzlichen Bestimmung bedurfte, was bey einer andern Veräußerung nicht vorkommen konnte [59]. Der Werth kommt bey den beweglichen Sachen nicht in Betrachtung, sie mögen so kostbar seyn, wie sie wollen. Denn die Gesetze nehmen darauf keine Rücksicht [60].

58) *L. 42. D. h. t. L. 61—64. D. Soluto matrim. L. 3. C. de iure dot. L. ult. C. de servo pign. dato. L. 3. §. 2. D. de suis et legit. hered. L. 21. D. de Manumissionib.* S. *Arn.* Vinnius Commentar. ad Instit. Princ. Tit. Quibus alienare licet. nr. 1. *Jo. Ortw.* Westenberg Princip. iuris secundum ord. Dig. Lib. XXIII. Tit. 5. §. 3. *Corn. van* Eck Princip. iuris eod. Tit. P. II. pag. 88. Thibaut System des Pandectenrechts 1. B. §. 448.

59) Man sehe *L. 64. D. Soluto matrim.* und Hasse Culpa des Röm. Rechts. S. 567. Not. b.

60) S. *Jo.* Voet Comm. ad Pandect. Tom. II. Lib. XXIII. Tit. 5. §. 4.

II. Besteht hingegen das Heyrathsgut in unbeweglichen Dotalstücken, so ist zu unterscheiden, ob sie geschätzt, und dem Mann käuflich überlassen worden sind, oder nicht. In dem ersten Falle kann der Mann den fundus dotalis seiner Ehefrau nach Willkühr veräußern; denn er ist wahrer und unumschränkter Eigenthümer desselben, und haftet nur für das pretium, welches eigentlich jetzt noch das Heyrathsgut ausmacht. Der fundus selbst ist also nicht mehr als dotalis anzusehen, in quo dominium atque periculum mariti est, wie Justinian[61]) sagt. Hierher gehört, was der Kaiser Alexander *L.* 6. *Cod. de Usufructu* rescribirt:

Qui proprietatem *aestimatam* in dotem accepit, *non ideo minus obligare eam potuit:* quoniam soluto matrimonio restituenda tibi *aestimatio* eius fuit.

Eine Ausnahme findet jedoch in dem Falle Statt, wenn sich die Frau bey der Schätzung die Wahl vorbehalten hat, ob sie nach erfolgter Trennung der Ehe den fundus oder das pretium fordern wolle. Hier darf der Mann den fundus nicht veräußern. Die Wahl des Mannes ändert in der Sache nichts. So lehrt Africanus *libro VIII. Quaestionum*, woraus die *L.* 11. *D. de fundo dotali* genommen ist.

Quod si fundus in dotem aestimatus datus sit, *ut electio esset mulieris:* negavit *alienari* fun-

61) *L. un.* §. 15. *Cod. de rei uxoriae act.* Man s. auch *L.* 5. *et L.* 10. *Cod. de iure dot. L. un.* §. 9. *Cod. de rei ux. act. Ger.* Noodt Comm. ad Dig. Tom. II. *Operum* Tit. de fundo dotali. pag. 507. und Voet c. l. §. 3.

dum posse. Quod si arbitrio mariti sit, contra esse.

Eben so rescribiren die Kaiser Diocletian und Maximian *L. 1. Cod. eodem.*

Si aestimata praedia in dotem data sunt, et convenit, *ut electio mulieri servetur*, nihilominus lex Julia locum habet.

Sind hingegen die Dotalgrundstücke nicht geschätzt, oder wenigstens dem Mann nicht käuflich überlassen, so ist ihm die Veräußerung verboten [62]). Jedoch war dieses Verbot vor Justinian noch nicht von dem Umfange, welchen es durch das neuere römische Recht erhielt. Durch einen Volksschluß, welcher den Kaiser August zum Urheber hat, und der unter dem Namen *lex* IULIA *de adulteriis* bekannt ist, ward zuerst verordnet, der Ehemann sollte ein praedium dotale nicht veräußern noch verpfänden [63]). Paulus [64]) führt dieses Gesetz mit folgenden Worten an: *Lege* IULIA *de adulteriis* cavetur, ne dotale praedium maritus invita uxore alienet, und Gajus [65]) stimmt ganz damit überein, wenn er in seinen Institutionen sagt: Dotale praedium maritus invita muliere *per legem Juliam* prohibetur alie-

62) S. *Gottfr. Henr.* Boettcher Specim. quo vicissitudines iuris Romani circa obligationem et alienationem fundi dotalis proponuntur. *Goettingae* 1797. 8. und den 19. Th. dieses Commentars §. 1091. S. 210. ff.

63) *Jo. Guil.* Hoffmann ad Legem Juliam de adulteriis coercendis lib. sing. Cap. VIII. §. 7.

64) *Sententiar. Receptar.* Lib. II. Tit. 21. a. §. 2.

65) *Institut. Commentar.* Lib. II. §. 63.

nare, quamvis ipsius sit. An einem andern Orte, wo Gajus von der Ausdehnung dieses Gesetzes auf den Bräutigam spricht, trägt er den Inhalt desselben auf eine etwas verschiedene Art vor. Er sagt nämlich *libro XI. ad Edictum provinciale*, woraus die *L.* 4. *D. de fundo dotali* entlehnt ist: *Lex* JULIA, quae de dotali praedio prospexit, *ne id marito liceat obligare, aut alienare*, plenius interpretanda est: ut etiam *de sponso* idem iuris sit, quod de marito. Man nennt deswegen auch dieses Gesetz *Lex* JULIA *de fundo dotali*; und es scheint das letzte Capitel der Lex de adulteriis gewesen zu seyn [66]. Man sagt gewöhnlich, das Verbot der Lex Julia habe sich blos auf praedia Italica beschränkt [67], weil die praedia provincialia der Usucapion nicht unterworfen waren [68]. Allein zu Gajus Zeiten war dieses wenigstens noch zweifelhaft [69], und Tryphoninus sagt *L.* 16. *D. de fundo dotali*, die Lex Julia, quae vetat fundum dotalem alienari, sey auch auf eine solche Acquisition gegangen, quae per longi temporis possessionem fit. Eine solche Präscription hatte aber zu Tryphonins Zeiten nur bey den fundis provincia-

66) *Steph.* LUZAC Diss. exhib. Observationes nonnullas ad legem Juliam de fundo dotali. *Lugd. Batav.* 1781. 4.

67) HOFFMANN c. l. hat daher das Gesetz auf folgende Art zu restituiren gesucht: PRAEDIUM DOTALE ITALICUM MARITUS INVITA UXORE NE ALIENATO, NEVE EA CONSENTIENTE OBLIGATO.

68) *Jo. Gottl.* HEINECCIUS Antiquitat. Romanar. iurisprud. illustrant. Synt. Lib. II. Tit. 8. §. 9.

69) *Institut. Comm.* Lib. II. §. 63. Quod quidem ius utrum ad *Italica* tantum praedia, an etiam ad *provincialia* pertineat dubitatur.

libus Statt [70]. Dennoch sagt Justinian *L. un.* §. 15. *Cod. de rei uxoriae actione:* Et cum *lex* JULIA fundi dotalis *Italici* alienationem prohibebat fieri a marito, non consentiente muliere, hypothecam autem, nec si mulier consentiebat: interrogati sumus, si oporteat huiusmodi sanctionem non super *Italicis* tantummodo fundis, sed pro omnibus locum habere? Placet itaque nobis eandem observationem non tantum in *Italicis* fundis, sed etiam in *provincialibus* extendi.

Der Ausdruck *alienatio* wird aber hier in der weitesten Bedeutung genommen. Zwar heißt es in einem Rescript der Kaiser Severus und Antoninus *L. 1. C. de fundo dotali*: Est autem *alienatio* omnis actus, per quem dominium transfertur; es hat aber schon Voet [71]) bemerkt, daß hier das Wort dominium in der weiteren Bedeutung zu nehmen sey, für jede Art von dinglichem Rechte, welches einem Andern am Heyrathsgute gegeben, und wodurch, wenn nicht das Grundstück ganz auf einen Andern übergeht, doch wenigstens der Werth desselben vermindert wird. Das Veräußerungsverbot der Lex Julia ging also nicht bloß auf Uebertragung des Eigenthums, sondern auch auf Verpfändung [72]), Beschwe-

70) *Jos. Fernand. de* RETES ad Legem Juliam de fundo dotali, in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 472. meint jedoch, Tryphonin habe von der Usucapion gesprochen, und es sey diese Stelle nur von den Verfassern der Pandecten umgeändert worden. Man sehe auch Unterholzner Lehre von der Verjährung durch fortgesetzt. Besitz. §. 19. Not. b. S. 149.

71) Comment. c. l. §. 2.

72) *L. 16. D. de testam. militis. L. 4. D. de fundo dot. L. un.* §. 15. *Cod. de rei uxor. act.*

rung des Grundstücks mit Servituten, oder Aufgebung der demselben zustehenden Gerechtigkeiten durch Nichtgebrauch [73]), Unterlassung der Vindication desselben, wenn es ein Dritter in einer solchen Lage besitzt, in welcher er es usucapiren kann [74]), so wie auch nicht gehinderte Usucapion der Freyheit bey einer dem praedio dotali urbano zustehenden Servitut [75]); Aufforderung zur Theilung, wenn von einem fundus communis eine pars indivisa zur dos gegeben worden ist [76]) u. d. Ueberhaupt giebt Paulus

73) *L.* 5. *D. de fundo dot.* Julianus *libro XVI. Digestorum* scripsit, neque servitutes fundo debitas posse maritum amittere, neque ei alias imponere.

74) *L.* 28. *pr. D. de Verbor. Signif.* Alienationis verbum etiam *usucapionem* continet: vix enim est, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Man vergleiche auch die oben §. 1233. S. 124. f. erklärte *L.* 16. *D. de fundo dotali*, und *de* Retes ad Leg. Juliam. §. 28. sqq. (*Thes. Meerm.* Tom. VI. pag. 471.)

75) *L.* 6. *D. de fundo dotali.* Ulpian. *lib. V. de adulter.* Sed nec libertas servitutis urbano praedio dotali debitae competit: ne per hoc deterior conditio praedii fiat. Wenn also auch der Mann ein dem Recht der Servitut entgegenstreitendes Unternehmen von Seiten des Eigenthümers des dienstbaren Gebäudes ohne Widerspruch hätte geschehen lassen; so wird doch dadurch die Freyheit des praedii servientis zum Nachtheil des praedii dotalis, so lange es nämlich dotale bleibt, nicht usucapirt. S. Cujacius Observation. Lib. XI. cap. 28.

76) *L.* 2. *Cod. de fundo dot.* Imp. Gordianus. Mariti, qui fundum communem cum alio in dotem inaestimatum acceperunt, ad communi dividundo iudicium provocare non possunt, licet ipsi possint provocari. Ein Anders ist, wenn der Mann von dem Miteigen-

L. 3. §. 1. *D. de fundo dot.* die Regel: Totiens autem non potest alienari fundus, *quotiens mulieri actio de dote competit, aut omnimodo competitura est.* Der Fall, wo der Frau die actio de dote zusteht, ist aber derjenige, wo das praedium dotale nach getrennter Ehe restituirt werden muß, denn nur hier ist ihr daran gelegen, daß das Grundstück nicht veräußert werde [77]. Dem Erben der Frau steht gleiches Recht zu [78]. Die Lex Julia machte jedoch einen Unterschied zwischen der Verpfändung, und den übrigen Arten der Veräußerung des praedii dotalis. Jene durfte auch nicht einmal mit Einwilligung der Frau, jede andere Art der Veräußerung hingegen nur nicht ohne Einwilligung derselben geschehen. Denn da hier der Verlust sogleich sichtbar, dort aber noch zukünftig ist, so war allerdings zu besorgen, die Frau werde sich leichter bewegen lassen, in die Verpfändung ihres praedii dotalis, als in eine andere Art der Veräußerung desselben, einzuwilligen [79]. Ob nun gleich die Lex

thümer zur Theilung aufgefordert wird. Hier ist die Veräusserung eine alienatio necessaria. *L.* 78. §. 4. *D. de iure dot.* S. Voet c. l.

77) Man sehe *L.* 17. *D. eodem.* *L.* 65. *D. de iure dot.* und *L.* 42. *D. de Usurpat. et Usucap.* vorzüglich *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. Lib. XIII. Tit. 5. §. Nunc reliqua. *Oper.* Tom. I. pag. 501. sq.

78) *L.* 13. §. 3. *D. D. de fundo dot.*

79) Theophilus *Paraph. graec.* Instit. Lib. II. Tit. 8. Pr. sagt nach der Reitzischen Version: *Sciebat enim lex, si praedii dotalis alienatio uxori memoraretur a marito, fore ut mulier vel ad ipsum auditum perturbaretur, neque consentire sustineret. Si vero de oppigneratione aliquid dixerit maritus, facile ad per-*

Julia eigentlich nur von der Veräußerung eines fundus dotalis spricht, so versteht doch die Interpretation darunter jede zum Heyrathsgute gegebene unbewegliche Sache, und also nicht nur ein praedium dotale rusticum, sondern auch urbanum. Denn daß auch Häuser sogut wie Feld- und Landgüter darunter begriffen sind, sagt Ulpian [80]) ausdrücklich. Ob die Frau das Grundstück selbst zur dos gegeben, oder ein Anderer in ihrem Namen, ist gleichviel. Propter uxorem enim, sagt Paulus [81]), videtur is fundus ad maritum pervenisse [82]). Es wird auch ein fundus dotalis, wenn ihr das Grundstück vermacht worden, und sie das Legat zu Gunsten des Mannes, welcher entweder zum Erben eingesetzt, oder ihr substituirt worden ist, dotis nomine repudiirt hat. Auch diesen

suasionem inducetur mulier. Merito igitur oppignerationis causam per sanctionem suam muniit, alienationis autem causam difficultati mulieris reliquit. Man sehe jedoch Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts S. 547. nr. 25. der 8. Aufl. (Berlin 1822.)

80) *L.* 13. *pr. D. de fundo dot.* Der griechische Scholiast Tom. IV. *Basilicor.* pag. 723. sagt: ἀγροικικόν μὲν γάρ ἐστι χωρίον. οὐρβάνον δὲ πραέδιον λέγεται πᾶν κτίσμα ἤγουν οἴκημα, κἂν ἐν χωρίῳ ἐστίν. RUSTICUM *quidem est villa,* URBANUM *autem praedium dicitur omne aedificium, etiam si in villa sit.*

81) *L.* 14. §. 1. *D. eodem.*

82) Es muß nur der Dritte, der das Grundstück für die Frau in dotem gab, sich nicht den Rückfall vorbehalten haben. Ein solcher fundus receptitius ist dem Veräusserungsverbote darum nicht unterworfen, weil hier der Frau nach getrennter Ehe, wegen der Restitution keine Klage zusteht. *L.* 3. §. 1. *D. de fundo dot.*

Fall hat Paulus *libro III. de adulteriis*[83]). Si fundum legatum sibi dotis causa mulier repudiaverit, vel etiam substituto viro omiserit hereditatem, vel legatum: erit fundus dotalis. Ja wenn das Grundstück auch nur in der Folge erst eine accessio dotis geworden wäre, so ist es dennoch der Lex Julia unterworfen, wie ebenfalls Paulus *libro XXXVI. ad*

83) *L.* 14. §. *ult. D. eodem.* Der griechische Scholiast paraphrasirt Tom. IV. *Basilicor.* pag. 725. Sch. d. diese Stelle folgendermassen. Ενεστήσατό τις Μαέβιον τινὰ κληρονόμον· ἀγρὸν δὲ λόγῳ ληγάτου γυναικὶ Τιτίᾳ καταλέλοιπεν.. αὕτη δὲ μέλλουσα γαμεῖσθαι Μαεβίῳ τῷ κληρονόμῳ, καὶ προῖκα βουλομένη αὐτῷ ἐπιδοῦναι, τὸ ληγάτον ἐπίτηδες ἐρεπουδιάτευσεν, ἵνα διὰ τῆς τοιαύτης παρατηρήσεως, ὁ ἀγρὸς απομείνῃ παρὰ Μαεβίῳ, κληρονὸμω τυγχανὸντι. ἢ οὐκ ἐνεστήσατο μὲν τὸν Μαέβιων. τὴν δὲ γυναῖκα κληρονόμον ἐνστησάμενος, ἢ ληγάτον αὐτῇ καταλελοιπὼς, ὑποκατέστησεν αὐτὴν ἐν τῇ κληρονομίᾳ, ἢ ἐν τῷ ληγάτῳ τὸν Μαέβιον· καὶ ἐπίτηδες ἡ γυνὴ παρῃτήσατο τὴν κληρονομίαν ἢ τὸ ληγάτον ἵνα χώρα γένηται τῇ ὑποκαταστάσει, καὶ λάβῃ τὴν κληρονομίαν, η τὸ ληγὰτον ὁ Μαέβιος, γίνεται προικιμιαῖος ἀγρὸς. i. e. *Quidam Maevium heredem instituit, fundum autem legavit Titiae: ea autem nuptura Maevio heredi, et volens dotem ei dare, consulto legatum repudiavit, ut per eiusmodi repudiationem fundus apud Maevium heredem remaneret: aut non instituit quidem Maevium, uxorem autem cum heredem instituisset, vel ei legatum reliquisset, substituit ei in hereditate vel legato Maevium, et mulier data opera repudiavit hereditatem vel legatum, ut locus esset substitutioni, et hereditas vel legatum ad Maevium perveniret: fundus erit dotalis.*

Edictum [84]) lehrt, wenn er sagt: Fundus dotali servo legatus, ad *Legem* Juliam pertinet, quasi dotalis. Justinian erweiterte jedoch das Veräußerungsverbot, indem er den Unterschied, den die Lex Julia machte, aufhob, damit nicht dadurch Veranlaßung gegeben werden möge, die Schwachheit des weiblichen Geschlechts zum Nachtheil ihres Vermögens zu mißbrauchen. Er verordnete nämlich in der *L. un. Cod. de rei uxor. act.* vom J. 530. daß der fundus dotalis, ohne Unterschied der Lage, von dem Ehemann gar nicht mehr, auch nicht mit Einwilligung der Frau, veräußert werden sollte. Nun sollte also dem Manne bey allen Dotalgrundstücken, sie seyen gelegen, wo sie wollen, in Italien, oder in den Provinzen, nicht blos die Verpfändung, sondern auch jede andere Art der Veräußerung untersagt seyn, wenn es auch mit Einwilligung der Frau geschähe. In seinen Institutionen [85]) trägt Justinian das alte und neue Recht folgendermaßen vor: Cum enim Lex (*Julia*)

84) *L. 3. pr. D. eodem.* Es wurde jedoch vorausgesetzt, daß der servus dotalis *inaestimatus*, ἀδιατίμητος, sey, wie der griechische Scholiast Lib. IV. *Basilicor.* p. 719. Sch. e. bemerkt; und daß der fundus dem Sklaven zu Gunsten der Frau mußte vermacht worden seyn, welches immer vermuthet wurde, wenn nicht der Testirer ausdrücklich ein Anderes erklärt hatte. *L. 65. D. de iure dot.* Hier ward das Grundstück ein fundus dotalis, weil er der Frau nach getrennter Ehe restituirt werden mußte. Er durfte also nicht alienirt werden. S. *Iac.* Cujacius Comm. in Lib. XXXVI. Pauli ad Edictum h. L. *Oper.* Tom. II. pag. 590.

85) *Pr. J. II. 8. Quibus alienare licet, vel non.*

in soli[86]) tantummodo rebus locum habebat, quae Italicae fuerant, et alienationes inhibebat, quae invita muliere fiebant, hypothecas autem earum rerum, etiam volente ea; utrique remedium imposuimus, ut et in eas res, quae in provinciali solo positae sunt, interdicta sit alienatio, vel obligatio: ut neutrum eorum neque consentientibus mulieribus procedat, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiae earum convertatur[87]). Das Uebrige dieser Lehre, besonders was hier noch von den rechtlichen Folgen der Veräußerung, und den Fällen zu sagen wäre, wo sie dem Manne gestattet ist, wird dem Tit. 5. de fundo dotali vorbehalten. Hier bemerke ich nur noch soviel, daß das Verbot der Gesetze nur auf

86) So liest Ant. Koberger (Nürnberg 1486. f.), Cujacius, und eben so Hugo a Porta. Allein viele, als Baptista de Tortis (Venedig 1495. f.), Haloander, Russard, Charondas, Pacius, Baudoza, Aldobrandinus u. a. m. lesen in *solis*. Der erstern Lesart giebt Hotoman in Comm. ad Instit. h. l. den Vorzug, mit welcher auch die Paraphrase des Theophilus übereinstimmt, wo es heißt: *ἐπὶ μόνων των ἐν Ιταλία ἀκινήτων πραγμάτων*, *in solis rebus immobilibus in Italia sitis*. Der Ausdruck *res soli* für *res immobiles* kommt auch in den Institutionen mehrmals vor. S. §. 7. *I. de Usucap.* noch häufiger in den Pandecten. S. Brissonius de Verbor. iuris Significat. voc. *Solum*. nr. 2. Biener in seiner Ausgabe der Institutionen hat die gemeine Lesart *in solis* beybehalten.

87) Cujaz liest convarteretur, und ihm ist auch Biener gefolgt; allein die meisten und ältesten Ausgaben (Koberger, de Tortis, Joh. Petit, Haloander, Charondas, Baudoza u. a. m. lesen convertatur.

freywillige Veräußerungen geht, welche von dem Ehemanne unternommen werden, ohne im Wege Rechtens dazu genöthiget zu seyn [88]).

§. 1237.

Bestellung des Heyrathsguts.

Das Heyrathsgut wird entweder noch vor vollzogener Ehe bestellt, oder nachher. Im ersten Falle ist die Bestellung nur dann von Wirkung, wenn die Ehe nachher wirklich erfolgt. Eher kann daher auch nicht auf die Auslieferung der dos geklagt werden [89]). Ist jedoch der Brautschatz schon vor der Ehe dem Bräutigam übergeben worden, so wird er Eigenthümer desselben, wofern nicht bey dessen Uebergabe ausdrücklich das Gegentheil erklärt worden ist. Hier wird er dann erst Eigenthümer, wenn die Ehe wircklich erfolgt ist. Auf jeden Fall muß aber die dos bey nicht erfolgter Ehe zurückgegeben werden [90]). Denn auch die dotis datio ist immer unter der stillschweigenden Bedingung der künftigen Ehe zu verstehen [91]).

88) *L.* 1. *pr. D. de fundo dot.* S. Dabelow Handbuch des Pandecten-Rechts. 3. Th. (Halle 1818.) §. 276. S. 420. f.

89) *L.* 21. *pr. D. h. t.* Ulp. *libr.* XXXV. *ad Sabinum.* Stipulationem, quae propter causam dotis fiat, constat habere in se conditionem hanc, *si nuptiae fuerint secutae:* et ita demum ex ea agi posse, quamvis non sit expressa conditio, *si nuptiae*, constat. Quare, si nuncius remittatur, defecisse conditio stipulationis videtur.

90) *L.* 7. §. 3. *D. h. t.* *L.* 8. *D. eodem.*

91) *L.* 23. *D. eodem.* Ulp. *l. c.* Quia autem *in stipulatione* non est necessaria dotis adjectio, etiam *in da-*

Die Bestellung einer dos kann nun auf verschiedene Art geschehen. Entweder

tione tantundem ducimus. Richtiger liest Cujacius Observation. Lib. XXV. cap. 35. Quia autem *in stipulatione dotis* non est necessaria adjectio (sc. conditionis, *si nuptiae sequantur*) etc. Dergleichen Versetzungen sind in den Gesetzen der Pandecten nicht ungewöhnlich. Man vergleiche auch Cujacii Commentar. in libr. XVI. Dig. Juliani ad L. 7. D. de condict. causa data causa non sec. und *Jo. Guil.* Hoffmann Meletem. et Observat. var. ad Pand. Diss. XXI. §. 3. Pothier in Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XLVIII. pag. 27. hat diese Lesart gleich in den Text aufgenommen. In den *Basilic.* Tom. IV. pag. 512. heißt es: *Ὥσπερ δὲ ἐν τῇ ἐπερωτήσει οὐκ ἀναγκαίως προστίθεται, οὕτως οὐδὲ ἐν τῇ παραδόσει.* i. e. *Quemadmodum autem in stipulatione necessario non adjicitur, ita nec in traditione.* Die Emendation des Contius Lection. Lib. III. cap. 6. welcher *conditionis* statt *dotis* lesen will, hat mit Recht Cujacius Observat. Lib. XIII. Cap. 25. verworfen, wenn ihr gleich Bachov ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. VII. Th. V. Lit. C. pag. 347. Beyfall giebt. Statt in datione tantundem ducimus, lesen viele alte Ausgaben *in donatione tantundem dicimus.* z. B. Chevallon, Merlin, Baudoza u. a. Allein die florentinische Lesart, mit welcher auch die Basiliken übereinstimmen, verdient ohne Zweifel den Vorzug. Der Sinn dieser letztern Worte ist der, wir halten dafür, daß auch bey der Bestellung der dos durch Uebergabe die Beyfügung der Bedingung der Ehe unnöthig sey. Die Glosse versteht unter der donatio, die donatio ante nuptias. Es muß also doch wohl die Lesart *in donatione* damals die gemeine gewesen seyn. Uebrigens ist der Unterschied, ob bey der datio dotis die Bedingung der Ehe ausdrücklich beygefügt worden, oder nicht, nicht

I. durch eine Handlung unter den Lebenden. Diese besteht entweder

1) in einem blossen Versprechen. Ein solches Versprechen ist nach dem neuern Röm. Rechte ohne alle Förmlichkeit gültig, und begründet eine Klage. Nach dem ältern Rechte muste daßelbe in die Form einer dictio oder stipulatio eingekleidet werden, wenn daraus sollte geklagt werden können. Beydes geschahe durch mündlich ausgesprochene Worte, jedoch mit dem Unterschiede, daß eine dictio dotis nur gewiße Personen gültig eingehen konnten, nämlich die Frau, ihr Schuldner, wenn sie denselben dazu beauftragt hatte, und ihr Vater, oder der väterliche Großvater [92]. Eine vorhergehende Frage war zwar dabey

unbedeutend. Denn in dem ersten Falle hat, wenn die Ehe nicht erfolgt, eine Vindication, in dem letzten Falle hingegen nur eine Condiction Statt, wie Ulpian *L.* 7. §. *fin. D. h. t.* lehrt. Die letztere ist wohl keine andere, als die condictio causa data causa non secuta. S. *Nic.* Smallenburg Diss. ad fragm. Juliani ex lib Eius 16. Dig. quod extat in L. 7. pr. D. de condict. caus. dat. caus. non sec. *Lugd. Bat.* 1785. Sect. III. §. 2.

92) Ulpianus *Fragm. Tit. VI.* §. 2. Dotem dicere potest mulier, quae nuptura est, et debitor mulieris, si iussu eius dicat, institutus, parens mulieris virilis sexus, per virilem sexum cognatione iunctus, velut pater, avus paternus. Für *institutus*, welches hier offenbar keinen Sinn hat, will *Ant.* Schulting in Iurispr. vet. Antejust. ad h. L. pag. 581. Not. 5. *iustus tutor* lesen. Er fand diese Lesart am Rande einer Pariser Ausgabe vom J. 1586. angemerkt. Daß aber zur Bestellung einer dos die Zuziehung des Geschlechts-Tutors nöthig war, sagt Ulpian. Tit. XI. §. 20. selbst.

nicht nöthig [93]); allein eine bestimmte Summe mußte angegeben werden. Daß sie auch angenommen werden mußte, lehrt schon die Natur einer verborum obligatio [94]). Der Stipulation hingegen mußte sich jeder Andere bedienen, welcher ein Heyrathsgut gültig versprechen wollte, und diese bestand in einer mündlich ausgesprochenen Frage Dessen, welchem das Heyrathsgut versprochen werden sollte, und einer darauf sogleich mündlich gegebenen passenden

Math. Roever in Specim. ad loca quaedam iuris civ. depravata. *Lugd. Bat.* 1739. Cap. VIII. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Diss. Belgicar.* Vol. I. T. I. p. 165.) will jedoch statt iustus tutor lieber *item et tutor* lesen.

93) Der westgothische Gajus *Institution.* Lib. II. Tit. 9. §. 3. (in Schulting *Iurispr. vet. Antejust.* pag. 153.) lehrt: Sunt et aliae obligationes, quae *nulla praecedente interrogatione* contrahi possunt, id est, ut si mulier, sive sponso uxor futura, sive iam marito *dotem dicat.* — Et non solum in hac obligatione ipsa mulier obligabitur, sed et pater eius, et debitor ipsius mulieris, si pecuniam, quam ille debebat, sponso creditricis ipse debitor in dotem dixerit. Hae tantum tres personae, *nulla interrogatione praecedente* possunt *dictione dotis* legitime obligari. In dem Veronesischen Gajus ist hier eine Lücke.

94) Es gehört hierher die bekannte Stelle aus der Andria des Terenz Act. V. Sc. IV. v. 46.

Chremes: *Dos, Pamphile, est decem talenta.*
Pamph. *Accipio.*

Donatus macht hierbey die Bemerkung: Ille, nisi dixisset, *Accipio* dos non esset: *Datio* enim ob *Acceptum* confirmatur; nec potest videri *datum* id, quod non sit *acceptum*; und Seneca *Controv.* Lib. I. cap. 6. sagt: *Multi duxere sine dotibus uxores: quidam dictas non* accepere *dotes.* Einer andern Meinung ist

Antwort des Promittenten [95]): *Spondesne?* oder *Spondes'* [96])? *Spondeo*. Auf eine solche Art konnte ein Jeder eine dos versprechen [97]), und ein solches Versprechen hieß dann promissio dotis im eigentlichen Sinne [98]). Im neuern Rechte ist diese ganze Förmlichkeit für überflüssig erklärt. Aus jedem Versprechen einer Brautgabe, es sey

jedoch Hugo im civilist. Magazin 1. B. S. 465. f. und im Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts, S. 458. der 8ten Aufl. Man sehe dagegen *M. Aurel.* Galvanus de Usufructu. Cap. XV. Nr. IV. pag. 143. sqq. edit. *Tübing.* *Car. Gottl.* de Winckler Pr. de dotis dictione. *Lips.* 1783. et in *Opuscc.* Vol. I. p. 371—378. und Heineccii Synt. Antiquitat. Rom. iurispr. illustrant. Lib. II. Tit. 8. §. 6. et 7.

95) Gajus c. l. Aliae vero personae, si pro muliere dotem marito promiserint, communi iure obligari debent, id est, ut et interrogatae respondeant, et stipulatae promittant. Statt stipulatae, welches, wie *Ger.* Noodt in Comm. ad Dig. h. t. pag. 595. bemerkt, keinen rechten Sinn hat, ist wohl richtiger stipulanti zu lesen. S. *Ant.* Schulting ad h. l. Caji not. 44. in Iurisprud. vet. Antejust. pag. 154.

96) Ein Beyspiel findet sich bey Plautus *Trinum.* Act. V. Sc. XI. v. 39.

Lysit. *Istac lege*, (cum ista dote) *filiam tuam*
sponden' mi uxorem dari?

Charmid. *Spondeo.*

97) *L.* 41. *pr. D. h. t.* Paulus *lib.* 35. *ad Edictum.* Promittendo dotem, omnes obligantur, cuiuscunque sexus conditionisque sint.

98) Ulpian. *Fragm. Tit. VI.* §. 1. *Dos* aut *datur*, aut *dicitur*, aut promittitur. — Dare, *promittere* dotem omnes possunt.

geschehen, mit welchen Worten man wolle, mündlich oder schriftlich, soll eine Klage auf Erfüllung entstehen, wie folgende Constitution der Kaiser Theodos und Valentinian an den Präfectus Prätorio Hierius vom J. 428 in der L. 6. Cod. *de dotis promiss.* wörtlich bestätiget:

Ad exactionem dotis, quam semel praestari placuit, *qualiacunque sufficere verba censemus, sive scripta fuerint, sive non*, etiamsi stipulatio[99]) in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta.

Hierdurch war nun zwar die Feierlichkeit der dotis dictio nicht gerade abgeschaft worden[100]), allein, weil sie unnöthig war, so kam sie außer Gebrauch, daher wurden überall sowohl in den Fragmenten, die aus den Schriften der Rechtsgelehrten in die Pandecten aufgenommen wurden, als im Codex die Worte dotem dicere, dotis dictio ausgestrichen, und statt derselben die Worte *dotem promittere*, promissio dotis substituirt[1]), obwohl noch in den Fragmenten der Pandecten hin und wieder solche Formeln vorkommen, welche auf die alte dictio dotis hindeuten[2]).

99) In der *L.* 4. *Cod. Theod.* (III. 13.) woraus die *L.* 6. *C. Just. de dotis promiss.* entnommen ist, heißt es: etiamsi *dictio*, vel stipulatio etc.

100) Wie *Jac.* Gothofredus in Comment. ad L. 4. C. Theod. de dotibus Tom. I. pag. 348. der Ritt. Ausgabe gegen Cujaz bemerkt hat.

1) S. Cujacius ad *Ulp*. Fragm. Tit. VI. Not. 1. in Schulting Iurispr. vet. Antejust. pag 581.

2) *L.* 25. *L.* 44. §. 1. *L.* 46. §. 1. *L.* 57. *pro Dote.* S. Heineccii Antiquit. Rom. Lib. II. Tit. 8. §. 6.

Soll jedoch ein solches Versprechen gültig und von Wirkung seyn; so muß es entweder 1) mit Angabe einer bestimmten Quantität, oder einer bestimmten Species geschehen, oder 2) auf billiges Ermeßen gestellt; oder, wenn es an beyden fehlt, wenigstens 3) vom Vater geschehen seyn. Denn da derselbe schon nach dem Gesetz der Tochter einen Brautschatz zu geben verbunden ist, so kommt es seiner Seits darauf nicht an, ob sein Versprechen auf etwas Bestimmtes gerichtet ist, oder nicht. Ist also 1) der Promissor nicht der Vater der Frau, und das Versprechen der dos ist auf eine unbestimmte Art geschehen, so ist es unverbindlich, wenn es auch von Seiten der Frau selbst erfolgt seyn sollte [3]. Dieses erhellet ganz deutlich aus der *L.* 1. *Cod. de dotis promiss.* wo der Kaiser Alexander auf folgende Art rescribirt: Frustra existimas actionem tibi competere, quasi promissa dos tibi, nec praestita sit: cum *neque species ulla, neque quantitas promissa sit*, sed hactenus nuptiali instrumento adscriptum, quod ea, quae nubebat, dotem dare promiserit. Diese Entscheidung ist ganz dem gemeinen Rechtsgrundsatz gemäß, nach welchem kein Versprechen gilt, welches auf nichts Bestimmtes gerichtet ist, ita ut non appareat, quid, quale, quantumve sit.

3) S. *Franc.* Duarenus Disputation. anniversarior. Lib. I. cap. 56. (*Oper.* pag. 1056.) *Jas.* Ayllabius Interpretation. iuris Lib. IV. Cap. 16. nr. 8—10. *Ger.* Noodt Commentar. ad libr. XXIII. Tit. 3. Dig. §. Non est satis. (*Oper.* Tom. II. pag. 503.) *Jo.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 8. Man vergleiche auch *Jac.* Cujacius Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. 11. Libri V. de dotis promiss. §. Muller und *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 5.

que sit in stipulationes 4). Bey diesem Grundsatz wird also hier bey der promissio dotis keine Ausnahme gemacht. In den Basiliken 5) heißt es: Ἐὰν ἐπηγγείλατο ἡ γυνὴ προῖκα διδόναι, μὴ εἴπῃ δὲ ποσότητα, ἢ πρᾶγμα ῥητὸν, ἄχρηστός ἐστιν ἡ τῆς προικὸς ἐπαγγελία, ὡς δυναμένης τῆς γυναικὸς εὐτελέστατόν τι παρασχεῖν. i. e. *Si mulier dotem dare promiserit, sed quantitatem non dixerit, aut rem certam, inutilis est dotis promissio; quia mulier vilissimum quid praestare potest.* Und der griechische Scholiast 6) reducirt dieses auf den allgemeinen Grundsatz: ὅτι πᾶσα ἐπερώτησις εἰς εὐτελέστατόν τι καταλαμβανομένη, ἀνυπόστατός ἐστιν, ὡς ἔνθα ἐπερωτῶ σῖτον μὴ λέγων ποσόν, ἢ ὡς ἔνθα ἐπερωτῶ οἶκον γενέσθαι μὴ λέγων ἐν ποίῳ τόπῳ. Τοῦτο οὖν καὶ ἡ παροῦσα διάταξις ἐπὶ προικὸς κανονίζουσα, λέγει τὰ ἐν τῷ βασιλικῷ κείμενα. i. e. *Omnem stipulationem, quae deduci potest ad vilissimum, non posse consistere, ut cum stipulor frumentum, non addita quantitate, aut cum stipulor fieri domum, non addito loco. Hoc ergo in dote quoque definiens haec constitutio, dicit ea, quae posita sunt in Basilico.* Wenn nun gleich die angeführte Constitution nur von der Ehefrau spricht, so kann es doch wohl keinem Zweifel unterworfen seyn, daß das nämliche auch in jedem andern Falle gelten müsse, da ein Andere, der nicht der Vater der Ehefrau ist, ein Heyrathsgut ohne Be-

4) *L. 75. pr. L. 115. pr. D. de Verb. oblig.* S. den 4. Th. dieses Commentars. §. 303. S. 187. f.

5) Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. I. Const. 81. pag. 531.

6) *Basilic.* Tom. IV. pag. 644. Sch. d.

stimmung einer Quantität oder Species versprochen hat. Denn der Grund ist hier der nämliche [7]). Es ergiebt sich dieses noch mehr daraus, weil 2) ein solches unbestimmtes Versprechen, welches von einem extraneus geschehen ist, alsdann für gültig gehalten wird, wenn es auf Gutbefinden, auf billiges Ermessen gestellet worden ist. Hieher gehört die merkwürdige Constitution des Kaisers Gordianus in der *L.* 3. *Cod. eodem*, welche folgendermassen lautet: Si quum ea, quae tibi matrimonio copulata est, nuberet, is, cuius meministi, dotem tibi, non addita quantitate, *sed quodcunque arbitratus fuisset*, pro ea daturum se rite promisit, et interpositae stipulationis fidem non exhibet: competentibus actionibus usus, ad repromissi emolumentum iure iudiciorum pervenies. *Videtur enim boni viri arbitrium stipulationi insertum esse.*

Wenn hier dem arbitrium die Kraft beygelegt wird, daß ein darauf gestelltes an sich unbestimmtes Versprechen eines Brautschatzes den Promittenten verbindlich macht; so wird darunter eine Willensbestimmung verstanden, welche den Regeln der Billigkeit entspricht, ein billiges Ermessen, ein billiges Gutbefinden [8]). Dieß ist das arbitrium, welches in den Gesetzen *arbitrium boni viri* [9]) oder *viri boni*

7) S. *Franc.* Duarenus in Tit. Dig. Soluto matrimonio. Sect. de dotibus. Cap. 2. (*Oper.* pag. 251.)

8) S. *Car. Frid.* Walch Diss. de legato heredis in arbitrium collato. (*Ienae* 1761.) §. 2.

9) *L.* 76. *in fin. L.* 78. *et L.* 79. *D. Pro Socio. L.* 75. *pr. D. de legat. I. L.* 46. §. 3. *D. de fideicomm. libertatib.*

arbitratus [10]) genennet wird. Der Ausdruck *bonus vir* bezeichnet aber im römischen Rechte jeden gerechten, billigen, klugen und verständigen Mann [11]); insonderheit aber den Richter, insofern die Bestimmung einer Sache seinem billigen Ermessen anheimgestellt ist [12]). Diesem billigen Ermessen wird das blos willkührliche, *merum arbitrium, liberum arbitrium, plenum arbitrium voluntatis, mera voluntas* [13]), wie es in den Gesetzen genennet wird, entgegengesetzt, und dieses wird durch die For-

10) *L.* 50. *D. Soluto matrim.* *L.* 35. *in fin. D. Mandati.* *L.* 57. *pr. D. de contrah. empt.*

11) *L.* 1. *pr. L. ult. D. Usufr. quemadm. caveat.* *L.* 3. §. 1. *D. de recept. arbitr.* *L.* 47. §. 2. *D. de fideicommissar. libertat.* *L.* 58. §. 1. *D. Locati.* *L.* 5. §. 1. *D. Ut legator. et fideicommissor. causa caveat.* Hierher gehört auch die Stelle im Horat. *Lib. I. Ep.* 16. *v.* 40.

Vir bonus est quis?
Qui consulta patrum, qui leges iuraque servat;
Quo multae magnaeque secantur iudice lites;
Quo responsore, et quo causae teste tenentur.

und die Schilderung, welche Seneca *Epist.* 115. nr. 3. macht, wenn er sagt: Si nobis animum *boni viri* liceret inspicere, o quam pulchram faciem, quam sanctam, quam ex magnifico placidoque fulgentem videremus, hinc iustitia, illinc fortitudine, hinc temperantia, prudentiaque lucentibus etc. (Tom. III. *Oper.* a *Frid. Ern.* Ruhkopf *editor.* pag. 362). S. noch *Jac.* Cujacius Observation. Lib. II. cap. 2. und *B.* Brissonius de Verbor. iur. Significat. voc. *Bonus vir.*

12) *L.* 137. §. 2. *D. de Verbor. Obligat.* *L.* 12. *D. iudicat. solvi.* *Nov. LXXXIX. Cap.* 12. §. 6.

13) *L.* 7. §. 1. *D. de reb. dub.* *L.* 11. §. 7. *D. de leg. III.* *L.* 57. *pr. D. de legat. I.*

meln bezeichnet: *si ei libuerit, si voluerit* [14]); das arbitrium boni viri aber durch die Formeln: *Si arbitratus fuerit, si aestimaverit, si comprobaverit, si iustum putaverit* [15]), angedeutet. Ein solches arbitrium boni viri wird nicht nur bey negotiis bonae fidei [16]), sondern auch bey letzten Willensverordnungen im Zweifel angenommen [17]). Dieses ist nun auch der Fall bey dem Versprechen eines Brautschatzes, wenn es auf Gutbefinden gestellt worden ist. Versteht sich hier der Promittent zu nichts Billigem, so muß der Richter das Quantum nach den Vermögensumständen des Promittenten, und dem Stande des Ehemannes, der Billigkeit gemäß, bestimmen. In den Basiliken [18]) lautet die *L. 3. C. de dot. promiss.* folgendermassen: *Εἰ προῖκα τὶς οὕτως ἐπερωτηθῇ δεδόναι ὑπὲρ γυναικὸς γαμουμένης, ὁμολογῶ διδόναι σοι προῖκα, ὅσην ἂν δοκιμάσω· λέγει οὖν ἡ διάταξις ἐῤῥῶσθαι ταύτην τὴν ἐπερώτησιν· ὁ γὰρ εἰπὼν ὅσου ἐὰν δοκιμάσω, οὐ δοκεῖ λέγειν περὶ τῆς ἑαυτοῦ κρίσεως, ἀλλὰ περὶ τῆς ἀνδρὸς ἀγαθοῦ δοκιμασίας· ἔοικεν οὖν τῷ εἰπόντι ὅσην ἐὰν ὁ ἀνὴρ ἀγαθὸς δοκιμάσῃ· ὥστε εἰ καὶ μὴ ἔγκειται ποσότης, ἔῤῥωται ἡ ἐπαγγελία τῆς προικὸς,* i. e. Si quis pro muliere, quum nuberet, dotem sic promiserit, *promitto me tibi dotem daturum, quantam arbitratus fuero,* non iudicio suo, sed *boni viri arbitrio*

14) *L. 7. pr. D. de contrah. emt. L. 46. D. de fideicomm. libertat.*

15) *L. 75. pr. D. de legat. I. L. 11. §. 7. D. de legat. III.*

16) *L. 22. §. 1. D. de div. Reg. iur. L. 78. D. pro Socio.*

17) *L. 1. §. 1. D. de legatis II.*

18) Tom. IV. pag. 531. Const. 83.

praestandam videtur sensisse, et similis igitur est ei, qui dixit, *quantam vir bonus arbitratus fuerit*: ideoque licet quantitas addita non sit, dotis promissio valet. Ohne Beyfügung des arbitrium ist 1) nur der Vater aus dem unbestimmten Versprechen einer Brautgabe gehalten, weil ihn die Gesetze auch schon ohne ein besonderes Versprechen verpflichten, seiner heyrathenden Tochter einen Brautschatz zu geben, welcher seinen Vermögensumständen, und dem Stande seines Schwiegersohns angemessen ist. Hier ist also die Größe des Heyrathsguts schon gesetzlich bestimmt. Dieß ist nicht der Fall, wenn ein Anderer, außer dem Vater, ein Heyrathsgut verspricht. Denn hat dieser nichts Bestimmtes versprochen, so ist es eben so, als wenn Jemand ein Grundstück versprochen hat, ohne solches näher zu bestimmen. Das Versprechen ist ungültig. Alles dieses bestätiget insbesondere Papinian *libro IV. Responsorum*[19]) wo er sagt: Gener a socero dotem, *arbitratu soceri certo die dari*, non demonstrata re vel quantitate, stipulatus fuerat: arbitrio quoque detracto[20]), stipulationem valere placuit: nec videri simile, quod, fundo non demonstrato, nullum esse legatum vel stipulationem fundi constaret: cum inter modum constituendae dotis, et corpus ignotum differentia magna sit: dotis etenim quantitas *pro modo facultatum patris*

19) *L. 69. §. 4. D. h. t.*

20) Der griechische Scholiast Tom. IV. *Basilicor.* pag. 619. sagt: εἰ καὶ μὴ προσέθηκεν ὁ πενθερὸς, μήτε εἶπε, δοκιμασίᾳ ἐμῇ δίδωμί σοι προῖκα, ἀλλὰ μόνον δίδωμι προῖκα. i. e. *etiamsi socer non adiecerit, nec dixerit, arbitrio meo dabo tibi in dotem, sed solum, dabo dotem.*

et dignitate mariti constitui potest. Eben dieses findet Statt, wenn auch der Vater einem Dritten den Auftrag gegeben hätte, für seine Tochter ein Heyrathsgut zu bestellen, wie Celsus *libro XV. Digestorum* lehrt: Si filiae pater, sagt er, dotem *arbitratu tutorum* dari iussisset, Tubero perinde hoc habendum ait, ac si viri boni arbitratu legatum sit. Labeo quaerit, quemadmodum appareat, quantam dotem cuiusque filiae *boni viri arbitratu* constitui oportet? ait, id non esse difficile; *ex dignitate, ex facultatibus, ex numero liberorum testamentum facientis aestimare.* So deutlich nun auch diese Gesetze sprechen; so wenig stimmen dennoch hierin die Meinungen der Rechtsgelehrten mit einander überein. Einige [22]) halten auch ein unbestimmtes Versprechen einer dos für gültig, wenn es gleich nicht vom Vater, sondern von einem Extraneus, ohne Beyfügung des arbitrium boni viri, geschehen ist. Denn das unbestimmte Versprechen, sagt man, lässe sich leicht nach den Vermögensumständen, nach dem Stande

21) Die Lesart dotis, etenim quantitas pro modo facultatum patris et dignitate, mariti *recte per tutorem constitui potest*, welche unser *Cod. Erlang.* und einige alte Ausgaben, als *Claud.* Chevallonibus, und Baudoza Cestius haben, ist wohl offenbar unrichtig.

22) *Guil.* Fornerius Selection. Lib. III. Cap. 25. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 142.) *Ant. Gubert.* Costanus Comm. de sponsalibus, matrimon. et dotibus (*Marb.* 1597.) pag. 269. *Reinh.* Bachov ad Wesenbecii paratitl. Dig. h. t. §. 4. *Ever.* Bronchorst Εναντιοφαν. Centur III. Assert. 10. pag. 373. *Aug. a* Leyser Meditat ad Pand. Vol. V. Specim. CCCIII. medit. 13. *Car. Frid.* Walch Introd. in controv. iuris civilis. Sect. I. Cap. II. Membr. I. §. 26. u. a.

und der Würde der Personen, und nach der wahrscheinlichen Willensmeinung der Interessenten bestimmen. Dieses sey auch der Entscheidungsgrund des Papinianus, und dieser Grund sey allgemein und könne auf einen Extraneus mit eben dem Recht angewendet werden, wie auf den Vater, von dem Papinian spreche. Man sehe dieses noch deutlicher aus einer Stelle des Celsus, welcher *libro XI. Digestorum*[23]) sage: Quaero, quantae pecuniae dotem promittenti adultae mulieri curator consensum accommodare debeat? Respondit: *modus ex facultatibus et dignitate mulieris maritique statuendus est*, quousque ratio patitur. Die *L. 1. Cod. de dotis promiss.* sey auch nicht entgegen. Denn die Worte: *quasi promissa dos tibi*, nec praestita sit, machten es zweifelhaft, ob hier wirklich ein Brautschatz versprochen worden sey. Der Entscheidungsgrund sey hier nicht blos darin gesetzt, daß nichts Gewisses versprochen, sondern daß vielleicht aus einer unrichtig verstandenen, und aufgefaßten Meinung der Interessenten dem Heyrathsvertrage die Clausel, es sey ein Brautschatz versprochen worden, eingeschaltet worden sey. Denn ein solches Versehen des Concipienten bey schriftlichen Aufsätzen und Urkunden sey, wie selbst die Gesetze[24]) lehrten, gar nichts Ungewöhnliches. Andere[25]) hingegen wollen gar kein unbestimmtes Versprechen einer dos gelten lassen, es

23) *L. 60. D. h. t.*

24) *L. 92. D. de div. Reg. iur. L. 4. Cod. de dot. promiss. L. 15. D. de iure dot. L. 6. Cod. de magistr. conv. L. 1. §. 1. et §. ult. D. Fam. ercisc. L. 102. D. de condit. et demonstrat.*

25) *Lud.* Charondas Πιθανῶν s. Verisimilium. Lib. I. cap. 10. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* T. I. p. 728. sq.)

sey vom Vater oder von einem Andern geschehen, wenn nicht dasselbe auf billiges Ermeßen gestellt worden ist. Nun giebt es noch Rechtsgelehrte [26]), welche zwar zur Regel annehmen, daß auch ein unbestimmtes Versprechen einer dos an sich verbindlich sey, gleichviel, es sey vom Vater, oder einem Andern geschehen; allein in Ansehung der Frau eine Ausnahme machen, als welche durch ein solches Versprechen einer Brautgabe nicht verbunden werde, wobey weder eine species noch Quantitat angegeben worden sey. So glauben sie laße sich die *L. 1. C. de dotis promiss.* mit den übrigen Gesetzstellen vereinigen. Der Grund der Ausnahme soll nun darin beruhen, weil der Frau, wenn sie ein Heyrathsgut verspricht, daran gelegen ist, lieber ihr Vermögen eigenthümlich zu behalten, als es dem Manne zur dos zu geben; der Mann habe es sich also selbst beyzumessen, daß er nicht behutsamer gehandelt habe. Dahingegen sey ihr und ihres Mannes Interesse gleich stark, wenn das Heyrathsgut von einem Andern versprochen werde, solches, wenn es auf eine unbestimmte Art geschehen ist, nach richterlicher Billigkeit schätzen zu lassen, damit die Frau nicht ohne Brautschatz sey.

Prüft man nun alle diese verschiedenen Meinungen nach den oben angeführten Gesetzen, so wird man sich überzeugen, daß sie auf einem offenbaren Mißverstande derselben beruhen, und die von den Vertheidigern derselben vorgebrachten Gründe so unbedeutend sind, daß sie fast keiner Widerlegung bedürfen. Der griechische Scholiast in

26) *Ulr.* Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 7. *Pet. de* Toullieu Disput. I. de iure nuptarum, Praes. *Cornelio van* Eck def. *Franequerae* 1692. Cap. IV., (in *Dan.* Fellenberg *Jurisprud. antiqua* Tom. II. pag. 223.)

den Basiliken [27]) hat den Sinn aller der angeführten Gesetze am richtigsten gefaßt, wenn er sagt: Ἐὰν τις μὴ ὢν δηλονότι πατὴρ ἐπηρωτήθη προῖκα, καὶ μήτε τῆς ποσότητος, μήτε τῶν εἰδῶν μνημονεύσῃ κατὰ τὴν ἐπερώτησιν, ἄχρηστός ἐστιν ἡ ἐπερώτησις, ὡς ἀνηνέκται βιβ. ε. τοῦ κώδικος τιτ. ιά. διαταξις ά. ἐνταῦθα δὲ κἂν μήτε τῶν εἰδῶν, μήτε τῆς ποσότητος μνήμη γένηται, ὅμως ἐπειδὰν εἶπε δίδωμι προῖκα τὴν ἂν δοκιμάσω, ἢ κἂν μὴ εἶπεν, ἐπειδὰν πατήρ ἐστι, καλῶς ἀπαιτεῖται προῖκα. ου κατὰ τὴν αὐτοῦ μὲν τοι δοκιμασίαν, ἀλλὰ πρὸς τὴν εὐπορίαν αὐτοῦ, καὶ τὴν ἀξίαν τοῦ γήμαντος. i. e. *Si quis, cum pater non esset, dotem promisit, et neque quantitatis, neque specierum meminerit in stipulatione, inutilis stipulatio est, ut ostenditur libro VI. Codicis Tit. 11. Constit. 1. Hic autem licet nec specierum nec quantitatis mentio facta sit: tamen quia dixit: Dabo dotem, quam arbitratus fuero, aut etiam si non dixerit, quia pater est, recte ab eo dos petitur: non eius tamen arbitratu, sed pro facultatibus eius, et dignitate mariti.* Offenbar ist also der vom Papinian angeführte Entscheidungsgrund nicht allgemein, sondern blos auf den Fall zu beschränken, wenn der Vater dem Schwiegersohne nichts gewißes zum Heyrathsgute versprochen hat. Nur in Ansehung seiner ist ein großer Unterschied zwischen dem Versprechen einer dos und eines fundus non demonstratus. Daß dieses hingegen in Ansehung eines jeden Andern gleichviel sey, ist keinem Zweifel unterworfen, weil ja kein vernünftiger Grund vorhanden seyn würde, warum nicht nach dem nämlichen Princip der Fall entschieden worden sey, wenn die Frau

27) Tom. IV. pag. 619.

selbst das Heyrathsgut versprochen hat, da sich ja auch in diesem Falle die dos eben so leicht nach ihren Vermögensumständen und dem Stande ihres Mannes hätte bestimmen laßen, wenn der beym Vater angenommene Grundsatz beym Versprechen einer Brautgabe allgemein entscheidend wäre. Denn daß nur in Ansehung der Frau eine Ausnahme habe gemacht werden sollen, läßt sich aus der *L. 1. C. de dotis promissione* eben so wenig erkennen, als behaupten, es sey in dem Falle, welchen das Gesetz entscheidet, gar kein Versprechen geschehen, sondern blos als geschehen aus einem Irrthum des Concipienten in den Ehevertrag geschrieben worden. Beydes widerlegt der in dem Gesetz angeführte Entscheidungsgrund: *cum neque species ulla, neque quantitas* PROMISSA *sit*, welcher in den Basiliken noch mehr durch den Beysatz hervorgehoben wird: *ὡς δυναμένης της γυναικὸς εὐτελέστατόν τι παρασχεῖν, quia mulier vilissimum quid praestare potest.* Und eben so wenig wäre zu begreiffen, warum das Versprechen des Extraneus nur mit Beyfügung eines Arbitriums verbindlich seyn solle, während das Versprechen des Vaters detracto arbitrio gilt, wenn nicht beym Vater die ohnehin vorhandene gesetzliche Verpflichtung wäre berücksichtiget worden, welche hingegen weder bey der Frau, noch bey einem Extraneus eintritt [28]).

28) Man vergleiche noch *Udalr.* ZASII Comm. ad L. 1. D. Soluto matrim. nr. 29—33. (*Operum Lugduni* 1550. f. *editor.* Tom. II. pag. 11. sq.) *Scip.* GENTILIS Disp. de aestimatione rerum in dotem datarum, adj. EJUSD. libro de secundis nuptiis, pag. 177. edit. *Hanoviens.* 1606. 8. et *Oper.* T. II. pag. 257. seqq. Ausserdem auch noch *Jo.* KAPPES Diss. de dotis promissione indeterminate facta valida vel non valida. *Giessae* 1796. 4.

Es kommt nun hier noch auf die Frage an, welche Klagen wegen eines versprochenen Heyrathsgutes Statt finden? Die Klage kann bald eine persönliche, bald eine dingliche seyn. In Ansehung der erstern unterscheidet das Römische Recht, ob das Versprechen durch Stipulation, oder ohne dieselbe geschehen ist [29]). In dem erstern Falle findet die *actio ex stipulatu*, in dem letztern aber die *condictio ex L. 6. Cod. de dotis promissione* Statt. Ob nun gleich die *L. 6. C. cit.* keinen Unterschied macht, das Versprechen des Brautschatzes sey geschehen, von wem es wolle, vom Vater, von der Frau, oder einem Dritten; so concurrirt doch im letzten Falle mit dieser Condiction noch eine andere Klage, welche man condictio ex *L. 69. §. 4. D. de iure dotium*, oder *condictio ex L. ult. Cod. de dotis promissione* nennen kann, weil auch in der *L. ult. Cod. cit.* eine dos a patre simpliciter promissa für gültig erklärt wird, so daß sogar im Zweifel angenommen werden solle, der Vater habe das Heyrathsgut aus seinem Vermögen, und *ex sua liberalitate* versprochen, wenn auch die Tochter ein eignes Vermögen haben sollte [30]). Diese persönlichen Klagen

29) Beydes war in dem röm. Sprachgebrauche darin unterschieden, daß man das Versprechen der dos durch Stipulation *dotis promissio* im eigentlichen Sinne, das bloße Versprechen ohne Stipulation aber *nuda pollicitatio*, oder *pollicitatio* schlechthin nannte. *L. 1. L. 13. C. h. t.* Daraus ist auch die Rubric des Tit. Cod. *de dotis promissione et nuda pollicitatione* zu erklären.

30) Auch die Klage gegen den Vater, wenn dieser, ohne ein geschehenes Versprechen, nach den Gesetzen auf Bestellung eines Brautschatzes belangt wird, kann *condictio ex L. ult. Cod. de dotis promissione* genennt werden, wie ich im 13. Th. dieses Commentars §. 842. S. 249.

gehen auf Entrichtung und Bestellung des versprochenen Brautschatzes nebst den Früchten und Zinsen von Zeit des Verzugs an gerechnet. Es kommt hier darauf an, ob ein Termin zur Entrichtung des Heyrathsguts gesetzt ist, oder nicht. In jenem Falle sind die Zinsen vom Ablauf dieses Termins an zu bezahlen, und die Früchte auch von da an zu berechnen; in dem letztern aber können erst nach Verlauf von zwey Jahren, von Zeit der vollzogenen Ehe an gerechnet, die Früchte und Zinsen gefordert werden; und es kommt denn auch in beyden Fällen nicht darauf an, ob der Vater oder ein Anderer das Heyrathsgut versprochen hat [31]. Merkwürdig ist die hierher ge-

gezeigt habe, und Dabelow im Handbuch des Pand. Rechts 3. Th. §. 275. S. 405. tadelt deshalb Thibaut's System des Pand. Rechts 1. Th. §. 446. mit Unrecht. Man kann sie aber auch *condictio ex L.* 19. *D. de ritu nuptiarum* nennen. S. F. A. Freih. von Ende vermischte Jurist. Abhandlungen. 1. Th. (Celle 1802. 4.) Nr. VI. S. 57—59.

31) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 9. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. CCCIV. medit. 6. Thibaut System des Pandectenrechts 1. Band §. 446. Anderer Meinung ist Hofacker Princip. iuris civ. Tom. I. §. 430. Er behauptet daselbst, die Frau und der Vater seyen verbunden, sogleich von Zeit der geschlossenen Ehe an die Zinsen von einer versprochenen dos zu bezahlen. Eben dieser Meinung ist auch *Mich. God.* Wernher lectiss. Commentation. in Pandect. P. II. h. t. p. 337. Allein der §. 1. der L. 31. wo man sich auf die Worte beruft, *si quis extraneorum;* steht keineswegs mit dem §. 2. in einem solchen Zusammenhange, daß man auch diesen §. blos auf einen extraneus zu beschränken genöthiget wäre, da die Worte desselben ganz allgemein gefaßt sind, und kein Grund abzusehen ist, warum es

hörige Constitution des Kaisers Justinian an den Präf. Prätorio Julian vom J. 530. welche in der *L.* 31. §. 2. *Cod.* h. t. folgendermaßen lautet:

Praeterea sancimus, si quis in dotem vel praedia, vel certum reditum, vel aedes, vel panes civiles spoponderit vel promiserit: *si ex tempore matrimonii biennium transactum sit,* illico redituum, vel pensionum, nec non panis civilis quaestum[32]) eum praestare, etiamsi non fuerint adhuc res principales traditae: et si tota dos in auro sit, *itidem post biennium usuras usque ad tertiam partem centesimae praestari.* Sin autem aliae praeter immobiles, vel aurum, fuerint in dotem datae, sive in argento, sive in mulieribus ornamentis, sive in veste, sive in aliis quibuscunque, si quidem aestimatae fuerint, simili modo *post biennium,* et *earum usurae ex tertia parte centesimae currere:* aestimatione earum, (quia et hoc apertius declarari oportet) ea intelligenda, quae pro singulis speciebus facta est, vel pro unoquoque genere dotalium specierum, id est, pro argento, vel ornamentis, vel veste, vel aliis speciebus, et non esse exspectandam post singulas aestimationes unam coadunationem totius calculi: quod satis scrupulosum, et per nimiam subtilitatem perniciosum est. Sin autem minime res mobiles fuerint aestimatae, ea *post biennium* observari, quae leges post litem contestatam pro omnibus huiusmodi

bey der Frau und dem Vater anders, als bey dem extraneus, seyn sollte.

32) S. den 24. Th. dieses Commentars §. 1217. Not. 59.

rebus definiunt. Sin vero res permixtae fuerint, et partim in auro, partim in aliis rebus mobilibus, vel immobilibus, pro iam facta divisione, omnia procedere: licentia minime deneganda marito, quando voluerit dotem petere. Nec is, qui debet, putet sibi licentiam esse, reditus, vel pensiones, vel usuras, vel alias accessiones solventi, dotis solutionem protelare: sed sive ante biennium, sive postea voluerit dotem pars mariti petere, queat [33]), et secundum leges eam exigere.

Wir sehen aus dieser Constitution 1) daß eine dos promissa, ohne Unterschied, das Versprechen sey geschehen, von wem es wolle, zwar gleich nach geschlossener Ehe gefordert werden könne, wofern nicht ein Termin zur Entrichtung derselben bestimmt worden; daß aber 2) die Verbindlichkeit zur Vergütung der Zinsen und Früchte nicht eher als nach Verlauf von zwey Jahre eintrete, wenn gleich 3) auf die Auszahlung des Brautschatzes schon früher wäre geklagt worden, mithin 4) die Interpellation ante

33) In Ansehung der Interpunction findet sich hier eine Verschiedenheit in den alten Ausgaben. Die meisten ziehen queat zu petere, und streichen das zwischen beyden stehende Komma weg. Eben so in der neuesten Spangenbergischen Ausgabe. Allein Haloander und Chevallon haben nach petere: Die *Basilica*, welche Tom. IV. pag. 658. sq. eine wörtliche Uebersetzung unserer Constitution enthalten, haben dieselbe Interpretation. Es heißt nämlich daselbst: *ἀλλ' εἰ πρὸ τῆς διετίας, εἴτε μετὰ ταῦτα βουληθῇ τὴν προῖκα τὸ μέρος τοῦ ἀνδρὸς ἀπαιτεῖν, δυνάσθω, καὶ κατὰ τοὺς νόμους ἀπαιτῆσαι.* Die Verschiedenheit der Interpunction verändert jedoch nicht den Sinn des Gesetzes.

biennium hier keine Verbindlichkeit zur Entrichtung der Zinsen begründe [34]. Denn auch das, was sonst Folge der Litiscontestation ist, soll erst post biennium Statt finden [35]. Dagegen tritt sie 5) post biennium ein, wenn auch gar nicht geklagt seyn sollte. Endlich 6) die Größe der zu bezahlenden Zinsen soll in vier von Hundert bestehen. Man will jedoch behaupten, daß heut zu Tage auch die Zinsen von einer versprochenen dos zu 5. von Hundert gefordert werden könnten [36]. Es können auch Zinsen versprochen werden, diese fangen denn aber erst von der Zeit zu laufen an, da der Mann die Lasten der Ehe zu tragen anfieng.

L. 2. Cod. de dotis promissione. Imp. GORDIANUS A. *Herodoto.* Si pro dote promissa usuras dare socer tuus spopondit: id quod deberi ostenderis, competens iudex solvi tibi praecipiet.

Man würde dieses Gesetz sehr mißdeuten, wenn man es so verstehen wollte, als sey in dem hier entschiedenen Falle stipulirt worden, daß, statt der versprochenen dos, blos die Zinsen bezahlt werden sollten [37]. Man laße sich

34) Anderer Meinung ist zwar Thibaut im System des Pand. Rechts 1. B. §. 446. allein man sehe Dabelow Handbuch des Pandectenrechts 3. Th. §. 275. S. 409. f.

35) *L. 35. D. de Verbor. Signif. L. 4. §. 2. D. Fin. regundor. L. 35. D. de Usur.* S. RAGUELLUS Commentar. ad Constitut. et Decis. Iustiniani in §. 2. L. nostrae pag. 314.

36) *Chr. Phil.* RICHTER Decision. iur. P. II. Decis. LXXIV. nr. 16. und MÜLLER Observation. pract. ad *Leyserum.* Tom. III. Fasc. II. Obs. 543.

37) So versteht dieses Gesetz *Jo.* JENSIUS ad Rom. iuris Pand. et Cod. Strictur. h. L. pag. 587. Noch unrichtiger erklärt es die Glosse.

nicht durch das Wörtchen *pro* irreführen, welches nicht einmal in allen Ausgaben [38]) steht. Der Schwiegervater hatte vielmehr seinem Schwiegersohne einen Brautschatz, und solchen, so lange er nicht bezahlt seyn würde, zu verzinsen versprochen. Die Basiliken [39]) haben diesen Fall sehr bestimmt ausgedruckt. Es heißt daselbst: Ἐάν τις ἐπαγγειλάμενος προῖκα ἐπερωτηθῇ καὶ τόκους διδόναι, καλῶς αὐτοὺ ἀπαιτεῖται. i. e. *Si quis promissa dote, usuras etiam dare promiserit, eae recte ab eo petuntur.* Da die promissio dotis zur Zeit Gordians noch durch mündlich ausgesprochene Worte geschehen muste, so konnten Zinsen von einem versprochenen Heyrathsgute anders nicht gefordert werden, als wenn sie ausdrücklich waren stipulirt worden. Dieß war nun zwar in dem Falle, wovon die L. 2. spricht, geschehen, dennoch hatte der Schwiegervater die Zinsen nicht bezahlt. Darum wandte sich Herodot an den K. Gordian, und dieser rescribirte, die Zinsen müßten bezahlt werden, soweit deren Rückstand nachgewiesen werden könne. Dieser L. 2. ist nun durch die *L. ult.* §. 2. *C. de iure dot.* in so fern derogirt worden, daß nun auch ohne Stipulation nach Verlauf von zwey Jahren von Abschließung der Ehe an gerechnet, Zinsen von einer versprochenen dos gefordert werden können [40]).

38) Es fehlt z. B. in zwey Nürnberger Ausgaben von 1475 und 1482. ferner bey Haloander, Vintimillius u. a.

39) Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. I. Const. 82. pag. 531.

40) S. *Jo. Jac.* Wissenbach Repetit. Praelect. Comment. in Cod. ad L. 2. de dotis promiss. pag. 418. *Jo. Ortw.* Westenberg Princip. iuris sec. ord. Dig. Lib. XXII. Tit. 1. §. 15. Nr. VI. und *Jo. Maur. Guil.* Bau-

L. 42. §. 2. D. Soluto matrim. Papinianus *libro IV. Responsorum.* Usuras numeratae dotis ex stipulatu pater, in matrimonio defuncta filia, si petat, gener, qui residuae dotis promissae foenus stipulatus est, ita demum ad finem vice mutua debitae quantitatis compensationem opponere iuste videtur, si *propriis sumtibus* uxorem suam exhibuit: alioquin, *si patris sumtibus exhibita sit*, inanis usurarum stipulatio compensationi non proderit.

Der Vater hatte dem Schwiegersohn für seine Tochter eine gewiße Summe zum Heyrathsgute z. B. 1000. Solidos versprochen. Er bezahlt aber nur einen Theil davon mit 500. baar, das Uebrige verspricht er, bis zur Bezahlung zu verzinsen. Zugleich ward stipulirt, daß wenn die Tochter in der Ehe sterben sollte, der bezahlte Theil des Brautschatzes, und zwar, im Falle der Verzögerung, mit den Zinsen vom Todestage an zurückgegeben werden sollte. Die Tochter starb während der Ehe, und der Vater forderte nun den bezahlten Brautschatz nebst den Zinsen vom Todestage seiner Tochter an mit der actio ex stipulatu zurück. Der Schwiegersohn will jetzt auf die Zinsen abrechnen, welche ihm der Vater von dem übrigen Theile des versprochenen Brautschatzes schuldig geblieben war. Es entstand also die Frage, ob diese Compensation mit Recht vorgeschützt werden könne? Papinian bejahet sie, wenn der Mann die Lasten der Ehe getragen hat. Denn wäre die Frau während der Ehe auf Kosten des Vaters unterhalten worden, so war das ganze Zinsen-Versprechen vergebens, und es nützt dem

mann Divus Gordianus s. de vita et constitutionibus M. Antonii Gordiani III. Imp. Exerc. I. (*Lipsiae* 1792. 4.) P. II. Cap. I. §. 9.

Manne nichts zur Compensation, weil es, nach dem Zweck der dos, immer die Bestreitung der ehelichen Lasten als Bedingung voraussetzt. Die Zinsen laufen daher erst von der Zeit an, da der Mann die Lasten der Ehe zu tragen anfieng [41]).

Die Klage auf Entrichtung des versprochenen Brautschatzes steht übrigens nur dem Ehemanne, nicht der Frau zu, wie die Kaiser Diocletian und Maximian rescribirt haben [42]). Es heißt nämlich in der *L. 5. Cod. de dot. promiss.* Si pater marito tuo stipulanti promiserit dotem: non tibi, sed marito contra successores soceri competit actio. Wird nun entweder der Schwiegervater, oder die Frau wegen des versprochenen Brautschatzes belangt, so kommt ihnen die Wohlthat der Competenz zu statten, vermöge welcher sie ihren Lebensunterhalt vorweg abziehen können. Ein extraneus hat diese Wohlthat nicht. Jedoch geben sie die Gesetze dem ersten Mann, wenn er noch wegen des Heyrathsgutes Schuldner der Frau ist, und dem zweyten Manne derselben den Brautschatz versprochen hat. Der Schwiegervater hat auch diese Rechtswohlthat in der Regel nur dann, wenn er vom Schwiegersohne während der Ehe auf die Bezahlung der versprochenen dos belangt wird. Ich sage in

41) S. Cyrilli et Dorothei Scholia ad h. L. 42. Tom. IV. *Basilicor.* pag. 398. *Jac.* Cujacius in Libr. IV. Responsor. Papiniani ad h. L. 42. (Oper. a *Fabroto* editor. Tom. I. pag. 179.) *Franc.* Duarenus in Tit. Pand. Soluto matrimonio ad h. L. 42. (*Oper.* p. 287.) und Pothier Pandect. Justin. T. II. h. t. Nr. XXXIV. not. h. pag. 24.

42) S. *Casp.* Schifordegher Disputat. forens. ad *Ant.* Fabrum Lib. III. Tract. II. Qu. 15, pag. 33. sq.

der Regel. Denn es kann ihm auch zuweilen noch nach getrennter Ehe die Wohlthat der Competenz zustehen, wenn es nach Befinden der Umstände die Billigkeit erfordert. Man denke sich den Fall, daß der Schwiegervater durch Unglücksfälle um sein Vermögen gekommen, und dadurch insolvent geworden sey. Er muß sich nur keines dolus schuldig gemacht haben. Gesetzt, er habe gewust, daß er nach seinen Vermögensumständen nicht im Stande sey, seiner Tochter einen Brautschatz zu geben, und führte unter dem Versprechen einer dos seinen Schwiegersohn an, daß dieser in der Hofnung, das versprochene Heyrathsgut zu erhalten, die Tochter zur Frau nahm. Hier hat er sich freylich wegen des Betrugs der Wohlthat des Gesetzes unwürdig gemacht. Der Unterschied besteht nun also darin. Wird der Schwiegervater, noch während die Ehe besteht, aus seiner promissio dotis belangt, so kommt ihm die Wohlthat der Competenz, (condemnatio in quantum facere potest) ohne Unterschied, und unter allen Umständen, zu statten; denn wegen der hier vorhandenen Adfinität vertritt der Schwiegervater Vaters Stelle [43]. Nach getrennter Ehe aber, wodurch die Adfinität aufgehoben wird, kommt ihm jene Wohlthat nur nach Befinden der Umstände zu, wofern er derselben nicht unwürdig ist. So laßen sich die hier nachfolgenden Gesetzstellen sehr gut mit einander vereinigen [44].

43) *L.* 16. *D. Soluto matrimon.*

44) S. *Franc.* Duarenus Commentar. in Tit. Dig. Soluto matrim. ad L. 17. h. Tit. (*Oper.* pag. 274.) *Hug.* Donellus Commentarior. iuris civ. Lib. XXVII. ad L. 21. et 22. D. de re iudicata. *Ant.* Faber Conjecturar. iuris civ. Lib. II. cap. 14. *Franc.* Ramos Del Manzano ad Tit. Dig. de re iudicata Curae sec. in

L. 84. *D. h. t.* LABEO *libro VI. Pithanon a Paulo epitomatorum.* Si de dote promissa agitur, non oportet, *in quantum facere potest*, condemnari eum, qui promisit. PAULUS: Immo, quod *ad extraneum* attinet, semper hoc verum est. Caeterum si *manente adfinitate*, dotem promissam gener a socero petit, utique [45]) *in quantum facere potest*, socer condemnabitur: si dirempto matrimonio petitur, *ex causa et persona* [46]) id tribuendum puto: quid enim si socer specie [47]) futurae dotis induxerit *genero* [48]), et cum sciret se prae-

Adpend. part. II. Recitationum ad Tit. eund. §. XXIII. (in *Ger.* MEERMAN *Nov. Thes. iur. civ. et canon.* Tom. VII. pag. 143.) *Jo.* VOET Comment. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 8. und VOORDA Thes. controversar. Decad. XIII. §. 3.

45) *Utique* ist hier soviel als indistincte, non inspecto eo, an causa aliqua sit, propter quam socer in solidum condemnari debeat, wie es *Ant.* FABER Conject. c. I. erklärt. So wird es auch *L.* 38. *D. de condict. indebiti* gebraucht.

46) Id est, secundum circumstantias facti. S. *Jos.* FINESTRES Hermogenian. pag. 881.

47) Cod. Erl. *spe* futurae dotis. Diese Lesart bestätigen die Scholien der Basiliken Tom. IV. p. 640. Sch. b. da heißt es: ὅτι ὁ πενθερὸς, ἐλπίδι τῆς ἐπιδεδόσθαι μελλούσης προικὸς, ἔπεισε τὸν γαμβρὸν πρὸς τὸν τὴν αυτοῦ θυγατερά συναλλάξαι γάμον. i. e. *si socer spe dandae dotis persuasit genero, ut matrimonium contraheret cum filia sua.* Diese Lesart scheint auch wohl die richtigere zu seyn. Eben so lesen Chevallon, Merlinus und Baudoza. CATHARINUS bey MEERMAN T. VI. pag. 796, vertheidigt jedoch die florentinische Lesart.

48) Cod. Erl. *generum.* Eben so Haloander, Miräus, Chevallon, Merlinus, und Baudoza. Die Les-

stare dotem non posse, id egerit, ut genero insidiaretur [49]).

L. 17. D. Soluto matrimon. PAULUS *libro VII. ad Sabinum.* Ex diverso si socer ex promissione a marito conveniatur, solet quaeri, an idem ei honor habendus sit? *Neratius* libris membranarum et *Proculus* scribunt, hoc iustum esse. §. 1. Item si mulier ex promissione conveniatur, magis placuit defendendam eam per exceptionem [50]). Idem

art generum vertheidigt vorzüglich *Nic.* CATHARINUS Observation. et Conjecturar. Lib. IV. Cap. 30. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 796.) *Inducere* ist so viel als fallere, decipere. POTHIER in Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XXXV. pag. 24. hat die Leseart *generum* in den Text aufgenommen. Statt *induxerit* wollen Einige inluserit lesen, nämlich HERALDUS de Rerum judicatar. Auctoritate. Lib. II. cap. 24. in fin. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. II. p. 1282.) GROTIUS Florum sparsio in ius Justin. pag. 185. und REINOLDUS Varior. Cap. 19. Allein die florentinische Leseart vertheidigen *Jo.* CANNEGIETER ad Ulpiani fragm. Tit. VI. §. 7. pag. 37. u. PÜTTMANN Interpretat. et Observation. iur. Rom. Cap. VIII.

49) Der griechische Scholiast Tom. IV. *Basilicor.* pag. 640. Sch. b. setzt zur Erläuterung hinzu: Θες γὰρ ὅτι ἔπεισε τὴν θυγατέρα ῥεπούδιον πέμψαι τῷ ἰδίῳ ἀνδρί. i. e. *Pone enim eum persuasisse filiae, ut marito repudii nuntium mitteret.*

50) Exceptionem sc. *competentiae*, ut non plus ab uxore exigi possit, quam facere potest. S. POTHIER Pand. Justin. T. II. h. t. Nro. XXXV. pag. 24.

et *Proculus* ait: sicuti cum socia fuit [51]), dabitur ei exceptio: quamvis iure civili sit obligata.

L. 32. D. eodem. JULIANUS *libro II. ad* URSEIUM FEROCEM. Si prior maritus posteriori dotis nomine, tanquam debitor mulieris, dotem promiserit; non plus, quam id quod facere possit, dotis futurum esse [52]).

L. 21. D. de re iudicata. PAULUS *libro VI. ad* PLAUTIUM. Sicut autem cum marito agitur, ita et cum socero, ut non ultra facultates damnetur. An si cum socero *ex promissione dotis* agatur, *in id quod facere potest*, damnandus sit? quod et id aequum esse videtur: sed alio iure utimur [53]), ut et NERATIUS scribit.

51) In den Basiliken Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 8. Const. XVII. pag. 346. heißt es: ὥσπερ εἰ κοινωνὸς ἦν. i. e. *perinde ac si socia fuisset.* Der Sinn ist also der, die Frau soll sich, wenn sie auf das Ganze belangt wird, mit der Einrede der Competenz eben so schützen können, als wenn sie aus einem Societätsverhältniß mit der actio pro socio belangt würde. Denn der Socius hat diese Rechtswohlthat, um wie viel mehr die Ehefrau, welche mit ihrem Manne weit genauer vergesellschaftet ist.

52) Sc. propter honorem pristini matrimonii.

53) *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. II. cap. 14. will hier *sed alio et alio iure utimur* lesen. Der Sinn soll seyn: Aequum quidem esse, socerum ex promissione dotis soluto matrimonio in solidum non condemnari, *sed alio et alio iure nos uti*, id est, eum nunc in solidum condemnari, nunc non condemnari. Regulariter non condemnari, *ex causa tamen et persona* condemnari, hoc est, si dolo dotem promiserit, vel

L. 22. *D. eodem.* POMPONIUS *libro XXI. ad* QUINTUM MUCIUM. Sed hoc ita accipiendum est, si a socero dos ex promissione petatur *soluto matrimonio* [54]): verum si *manente matrimonio* dos ab eo petatur, succurrendum utique est, ut ne maioris summae condemnetur, quam quantum facere potest.

Die Schulden dürfen jedoch bey der Berechnung der Competenz nicht vorweg abgezogen werden. Dieß ist nur ein Vorrecht des Donators [55]) Andere Competenz Schuldner haben dieses Recht nicht. Hat jedoch der Vater seinen Schwiegersohn das Heyrathsgut unter dem Vorbehalt versprochen, wenn es ihm möglich seyn würde, oder wenn es ohne seine Unbequemlichkeit werde geschehen können; so befreiet ihm zwar ein solcher Vorbehalt von der Erfüllung seines Versprechens nicht; es wird ihm aber, wofern deshalb keine nähere Uebereins

si talis persona sit, quae vix aliquo honore digna esse videatur, secundum distinctionem *L. pen. D. de iure dot.* Allein zu einer solchen Aenderung der Lesart ist kein hinreichender Grund vorhanden, wie auch schon *Osw.* HILLIGER in Donello enucleato P. II. Lib. XXVII. Cap. 9. Not. S. pag. 1518. bemerkt hat.

54) *Franc.* DUARENUS in Comm. in Tit. Dig. Soluto matrimonio ad L. 17. h. tit. pag. 274. ergänzt diese Stelle aus *L.* 84. *D. de iure dot.* dergestalt, daß er nach den Worten petatur soluto matrimonio die Worte einschiebt: *Nam si diremto matrimonio petitur, ex causa et persona id tribuendum.* Er fügt hinzu: Conjungendus est igitur uterque locus, ut quod uni deest, ex altero suppleatur.

55) *L.* 19. §. 1. *D. de re iudicata.*

kunft vorliegt, die Deutung in den Gesetzen beygelegt, daß der Vater seine Schulden vorweg abziehen kann. Hierher gehört die merkwürdige Entscheidung des Proculus, welche aus desselben libro V. Epistolarum entlehnt, in der *L. 125. D. de Verbor. Significat.* folgendermaßen lautet.

Nepos *Proculo* suo salutem. Ab eo, qui ita dotem promisit: *Cum commodum erit, dotis filiae meae* [56]) *tibi erunt aurei centum*, putasne, protinus nuptiis factis dotem peti posse? quid, si ita promisisset, *cum potuero, doti erunt*? quod si aliquam vim habeat posterior obligatio, POSSIT verbum quomodo interpretaris? utrum aere alieno deducto, an extante? PROCULUS: Cum dotem quis ita promisit: *Cum potuero, doti tibi erunt centum*, existimo, ad id, quod actum est, interpretationem redigendam esse; nam qui ambigue loquitur, id loquitur, quod ex his, quae significantur, sensit: propius est tamen, ut hoc eum sensisse existimem, *deducto aere alieno potero*. Potest etiam illa accipi significatio: *cum salva dignitate mea potero*: quae interpretatio ea magis accipienda est, si ita promissum est: *Cum commodum erit*, hoc est, cum sine incommodo meo potero [57]).

Ausser der persönlichen Klage giebt das römische Recht wegen eines versprochenen Brautschatzes auch noch eine dingliche Klage, nämlich die *actio hypothecaria*, welche

56) Sc. nomine. S. *Jo.* GORDDAEUS in Comm. repetit. praelectionis in Tit. XVI. Lib. L. Dig. de Verbor. Signif. ad h. L. 125. pag. 873.

57) S. *Jac.* CUJACII Comm. ad Tit. Dig. de Verbor. Signif. in L. 125. cit.

sich auf das gesetzliche Pfandrecht gründet, wovon schon an einem andern Orte[58]) gehandelt worden ist[59]).

58) S. den 19. Th. dieses Commentars §. 1088. S. 90. f.

59) Ich bemerke nur noch bey dieser Gelegenheit, daß nach der Meinung Dabelow's im Handbuch des Pandectenrechts 3. Th. §. 275. S. 407. der Ehemann wegen eines versprochenen Brautschatzes nicht an dem Vermögen eines jedem Versprechers eine gesetzliche Hypothek habe, wie die gangbare Behauptung ist, sondern demselben ein solches Pfandrecht in der *L. un.* §. 1. *Cod. de rei uxoriae act.* blos an dem Vermögen der Frau gegeben werde, wenn diese selbst die dos versprochen, oder das von Andern geschehene Versprechen durch ihren Beytritt garantirt hat. Das angeführte Gesetz rede nämlich blos von einem gegenseitigen Pfandrecht zwischen Mann und Frau. An dem Vermögen des Mannes habe es die Frau pro restitutione dotis, an dem Vermögen der Frau hingegen habe es der Mann pro ipsa dote praestanda, vel rebus dotalibus evictis. Diese Ansicht scheinen auch die *Basilica.* Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. I. Const. 119. §. 1. pag. 542. zu bestätigen, die blos von einer Hypothek des Ehemannes an dem Vermögen der Frau, welche den Brautschatz versprochen hat, reden. Es heißt daselbst: *ἵνα οὕτως τὰ τῆς γυναικὸς πράγματα ὑπόκειντai τῷ ἀνδρὶ, εἰς ἣ ἐπηγγείλατο προῖκα.* i. e. *ut ita et bona mulieris pro dote praestanda, quam promisit, marito obligata sint.* Allein daß die Basiliken den §. 1. der *L. un. Cod. de R. U. A.* nicht in seinem ganzen Umfange ausgedrückt haben, fällt in die Augen. Denn auch von der Hypothek pro rebus dotalibus evictis, wird nichts erwähnt. Nur der griechische Scholiast hat pag. 660. den §. 1. der angeführten *L. un.* *κατὰ πόδας* übersetzt. Das Gesetz selbst aber sagt ausdrücklich, es sey gleichviel, ob das Versprechen der dos von der Frau selbst geschehen sey, oder ob ein Anderer für

Die Bestellung einer dos kann hiernächst unter den Lebenden, auch ohne ein vorhergegangenes Versprechen

2) sogleich durch wirkliche Ueberlieferung geschehen. Hierdurch erst erwirbt der Mann das Eigenthum der dos, und nun erst ist die zum Heyrathsgute übergebene Sache eine res dotalis geworden[60]. Durch die Uebergabe wird das Eigenthum erworben, wenn sie auch noch vor der Ehe dem Bräutigam geschehen wäre[61], obwohl die Fortdauer des Eigenthums davon abhängt, ob die Ehe nachher erfolgt, oder nicht, indem in dem letzten Falle die dos mit der condictio causa data causa non secuta zurückgefordert werden kann[62]. Hat ein Dritter den Brautschatz noch vor der Ehe gegeben, und zwar mit der Erklärung, daß er erst nach erfolgter Ehe Eigenthum des Empfängers seyn solle, und der Geber stirbt noch vorher, so verliert zwar die Tradition nach dem strengen Recht ihre Gültigkeit, weil sie von dem Erfolg der Ehe war abhängig gemacht worden, welchen der Geber nicht erlebt hat; zu der Zeit aber, da die Ehe er-

sie das Heyrathsgut versprochen habe. Wie kann hier das Vermögen der Frau für die Leistung des von einem Andern für sie versprochenen Brautschatzes haften? Sie müßte durch Uebernehmung einer Garantie das Versprechen zu dem ihrigen gemacht haben. Von dieser Bedingung aber sagt das Gesetz nichts.

60) §. 40. *I. de rer. divis.* *L.* 13. §. 2. *L.* 14. §. 2. *D. de fundo dotali.*

61) *L.* 7. §. 3. *L.* 8. *D. h. t.*

62) S. *Nic.* Smallenburg Diss. ad fragmentum Juliani in L. 7. D. de cond. caus. dat. caus. non sec. Sect. III. §. 2. sq. Man sehe auch Voet Comm. ad Pand. T. II. h. t. §. 7.

folgte, war nicht mehr der Geber, sondern desselben Erbe Eigenthümer. Es war auch keine obligatio vorhanden, welche auf den Erben hätte übergehen können. Denn da keine dos versprochen, sondern dieselbe gleich durch Tradition bestellet worden; so wurde in der Person des Bestellers keine Obligation begründet [63]). Eine zurückwirkende Kraft konnte auch hier die Existenz der Bedingung nicht haben, weil, wie Ulpian lib. 63 ad Edictum sagt [64]), eine dos ohne Ehe nicht bestehen kann. Allein nach der Billigkeit, welche man hier wegen der besondern Begünstigung der dos, dem strengen Rechte vorgezogen hat, muß der Erbe die Handlung des Erblassers genehmigen, und verweigert er dieses, oder ist abwesend, so geht nun das Eigenthum der dos ipso iure auf den Mann über, damit die Frau nicht ohne dos sey [65]). Daß die Uebergabe nicht immer eine wahre seyn dürfe, sondern auch durch die fictio brevis manus geschehen könne, ist schon an einem andern Orte [66]) bemerkt worden. Ich

63) S. *Ant.* Faber de errorib. Pragmaticor. Decad. XLVII. Err. 4.

64) *L.* 3. *D. h. t.* S. Faber c. l. und *Ant.* Schulting Notae ad Dig. a Smallenburg adiectis Animadversionib. edit. Tom. IV. pag. 238. sq.

65) *L.* 9. §. 1. *D. h. t.* Diese Gesetzstelle ist oben S. 134. abgedruckt, wo in der Not. 25. das mangelhafte Allegat hier noch zu ergänzen ist, es ist *Franc. de* Amaya Observation. iuris (*Genevae* 1633. 8.) Lib. II. Cap. 4. nr. 39. pag. 151. wo er überhaupt die *L.* 9. §. 1. *cit.* sehr ausführlich erklärt hat. Man vergleiche noch über diese Gesetzstelle *Jos. Fernand. de* Retes Opusculor. Lib. II. Sect. III. Cap. I. nr. 5. (in Meerman *nov. Thes. iur. civ. et canon.* Tom. VI. pag. 144.)

66) S. den 24. Th. dieses Commentars §. 1229. S. 439. f.

will hier nur den gewöhnlichsten Fall etwas genauer erörtern. Es ist der, daß die Frau oder Braut ihren Schuldner, oder daß ein extraneus seinen Schuldner anweißt, dem Mann oder Bräutigam die schuldige Summe, als eine dos auszuzahlen. Hier wird angenommen, als ob der Schuldner seiner Gläubigerin, oder derselbe auf die Ordre seines Gläubigers der Frau oder Braut die schuldige Summe bezahlt, und diese dieselbe als einen Brautschatz dem Mann oder Bräutigam überliefert habe. So wird, vorausgesetzt, daß die Ehe auch wirklich erfolgt war, der Schuldner von seiner Verbindlichkeit frey[67]), und die Frau kann nach getrennter Ehe das Heyrathsgut zurückfordern eben so, als ob sie es selbst constituirt hätte[68]), wenn sich nicht etwa der extraneus den Rückfall des Heyrathsgutes vorbehalten hat. Die fictio brevis manus wird aber nur in dem Falle angenommen, wenn die Ehe wirklich erfolgt ist, nicht in dem entgegengesetzten Falle, wenn die dos durch den Schuldner der Frau, oder durch den Schuldner eines extraneus für die Frau noch vor Schließung der Ehe dem Bräutigam ist gegeben worden, und die Ehe nachher nicht erfolgt ist. Denn hier bleibt die vorige Schuldverbindlichkeit. Non enim alias perit mulieri actio, sagt Paulus *libro XII. ad Sabinum*[69]), quam si nuptiae secutae fuerint: *nam si secutae non sunt, manet debitor mulieri obligatus.* Nicht die gewesene Braut, sondern der Schuldner kann hier also den ausbezahlten Brautschatz condiciren. Wird jedoch der-

67) *L.* 64. *D. de solut.* Add. *L.* 44. *et L.* 49. *D. eodem.*

68) *L.* 56. *D. de solut. L.* 180. *D. de div. reg. iuris.*

69) *L.* 37. *D. de iure dot.* S. Smallenburg Diss. cit. Sect. V. §. 2.

selbe nachher von seiner Gläubigerin auf die Bezahlung der Schuld belangt, so kann er sich dadurch befreien, daß er seine Condiction der Frau cedirt. Denn mehr kann sie ja von ihrem Schuldner nicht verlangen, als dieser selbst mittelst der Condiction von dem Bräutigam hätte fordern können, weil er, von ihr beauftragt, demselben die dos ausgezahlt hatte, also auch von ihr auf den Fall entschädiget werden mußte, da der Bräutigam insolvent war [70]. Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

L. 7. pr. D. de condict. causa dat. caus. non sec. IULIANUS *libro XVI. Digestor.* Qui se debere pecuniam mulieri putabat, iussu eius dotis nomine promisit sponso, et solvit: nuptiae deinde non intercesserunt. Quaesitum est, utrum ipse potest repetere eam pecuniam, qui dedisset, an mulier? NERVA, ATILICINUS responderunt, quoniam putasset quidem [71] debere pecuniam, sed [72] exceptione doli mali tueri se po-

70) Es gehört hierher die Regel: *Quando non alio iure quis tenetur, quam quod adversus alium actionem habeat, cessio actionis pro iusta praestatione habenda est*, welche Scävola giebt *L. 51. D. de peculio.* Man sehe die Erläuterung derselben bey *Jo.* ALTAMIRANUS Comm. in prior. XIII. libros ex XX. Quaestion. Q. Cervidii Scaevolae Tract. II. ad h. L. §. 7 et 8. (in *Thes. Meerman.* Tom. II. pag. 399.) und *Nic.* SMALLENBURG cit. Diss. Sect. V. §. 3.

71) Statt quidem liest *Cod. Erl.* idem. Eben so *Claud.* CHEVALLONIUS, und BAUDOZA CESTIUS.

72) Die Glosse nimmt das *sed* für tamen, und das vorausgehende *quoniam* für quamvis, welches aber keinen richtigen Sinn giebt. *Sed* heißt hier vielmehr soviel: als sed etiam, wie es öfters auch bey den Classikern genom-

tuisset, ipsum repetiturum. Sed si cum sciret, se nihil mulieri debere, promisisset[73]), mulieris

men wird. S. Brissonius de Verbor. iuris Signific. voc. Sed. So erklärt dieses Wort Smallenburg in Diss. ad fragm. Juliani ex libr. eius 16. Dig. quod extat in L. 7. D. de cond. caus. data. Sect. IV. §. 5. pag. 41. und in *Ant.* Schultingii Not. ad Dig. Tom. III. pag. 78. ad L. 7. cit. not. 1. Man kann auch durch Gemination *sed et* lesen. Denn in den ältesten Handschriften, so wie auch in unserm Cod. Erlang. steht set. Daß auch diese Schreibart besonders in den florentinischen Pandecten sehr gewöhnlich sey, bezeugt *Corn. van* bynkershoek Observat. iur. Rom. Lib. IV. Cap. 24. und Lib. VI. Cap. 18. führt er ein Beyspiel aus *L.* 32. *D. Ex quib. caus. maj.* an, wo statt sed is, auch nothwendig sed et is gelesen werden muß, so wie auch wirklich Cod. Erl. liest. Es wird also hier ein doppelter Grund angegeben, warum nicht die Frau, sondern derjenige, welcher das Geld zur dos gegeben hat, dasselbe, wegen nicht erfolgter Ehe, zurückfordern könne. Erstens weil er geglaubt, er sey das Geld der Frau schuldig, und Zweytens weil er sich, wenn der Bräutigam vor erfolgter Ehe den versprochenen Brautschatz gefordert hätte, mit der exceptio doli mali hätte schützen können. Diese Erklärung bestärkt auch der griechische Scholiast Cyrillus in *Basilic.* Tom. III. pag. 610. Sch. t. Μὴ χρεωστῶν γυναικὶ, κελούσει αὐτῆς ἐπερωτήθην προῖκα, καὶ καταβαλον. οὐ προέβη ὁ γάμος. εἰ μὲν ηγνδουν ἐγὼ, ἔχω τὸν κονδικτίκιον, ἐπειδὰν καὶ μὴ καταβαλῶν εἶχον παραγραφήν. i. e. *Cum mulieri nihil deberem, iussu eius dotem promisi, et solvi. Nuptiae non intercesserunt. Si quidem ignorans promisi, condictionem habeo: nam et si non solvissem, potuissem tueri me exceptione.*

73) Suppl. *et solvisset.* Anders erklärt *Jac.* Cujacius in Comm. in Lib. XVI. Digestor. Salvii Juliani ad h.

esse actionem [74]; quoniam pecunia ad eam pertineret [75]. Si autem vere debitor fuisset, et ante

L. 7. (*Oper.* a Fabroto editor. T. III. pag. 112.) Diese Stelle: quasi is, qui dotem iussu mulieris dedit, cum effectu debitor mulieris non esset, exceptione doli mali *adversus mulierem*, dotem sponso dicere iubentem, tueri se potuisset. Allein, daß diese Erklärung offenbar unrichtig sey, und hier vielmehr von einer auf den Fall, da der Brautschatz noch nicht bezahlt gewesen wäre, dem Bräutigam entgegen zu setzenden exceptio doli mali die Rede sey, wenn dieser die dos vor der Ehe gefordert hätte, erhellet klar aus *L.* 9. §. 1. *D. de condict. causa data.* Hier sagt Paulus: Si quis indebitam pecuniam *per errorem*, iussu mulieris, sponso eius promisisset, *et nuptiae secutae fuissent*, EXCEPTIONE DOLI MALI uti non potest. Maritus enim suum negotium gerit, et nihil dolo facit, nec decipiendus est: quod fit, si cogatur indotatam uxorem habere: itaque adversus mulierem ei condictio competit, ut aut repetat ab ea, quod marito dedit, aut ut liberetur si nondum solverit.

74) Sc. *condictionem causa data, causa non secuta.* Denn die condictiones werden öfters actiones genennt, wie auch am Schluß dieser L. 7.

75) Sc. intercedente ficta quadam *brevis manus traditione.* Auf eine andere Art konnte sie durch eine freie Person keine condictio erwerben, als wenn man annahm, daß das Geld, was auf ihren Befehl ihrem gewesenen Bräutigam war bezahlt worden, ihr zuerst bezahlt, und dann von ihr dem Bräutigam als ein Heyrathsgut überliefert worden sey. Das Geld gehörte ihr nun um so mehr, weil bey demjenigen die Absicht zu schenken angenommen wird, welcher wissentlich eine Nichtschuld bezahlt. *L.* 12. *D. de novation. L.* 53. *D. de div. Reg. iur.* Diese Ansicht der Gesetze wird in der *L.* 43. §. 1. *D.*

nuptias solvisset, et nuptiae secutae non fuissent, ipse possit condicere[76]), *causa debiti integra mulieri ad hoc solum manente, ut ad nihil aliud debitor compellatur, nisi ut cedat ei condictitia actione*[77]).

de iure dot. ganz bestimmt ausgesprochen. Man vergleiche auch noch die *L.* 3. §. 12. *D. de donat. inter vir. et uxor.* Eine solche fictio brevis manus konnte jedoch in jenem Falle nicht angenommen werden, da die Zahlung aus Irrthum geschahe, weil derjenige, der aus Irrthum zahlt, das Gezahlte zurückfordern kann. *L.* 53. *D. de div. reg. iur.* Wollte man auch hier eine fictio brevis manus Statt finden lassen; so würde man gegen den Zweck derselben, welcher dahin geht, unnöthige Weitläuftigkeiten zu vermeiden, den Rechtsgang offenbar noch viel weitläuftiger machen. Denn nun müßte erst die Frauensperson gegen den Bräutigam klagen, um das ihm zu einem Brautschatz Gegebene zurückzuzahlen, *L.* 43. §. 1. *D. h. t.* und der vermeintliche Schuldner derselben, welcher das Geld, ihrem Auftrag zu Folge, dem Bräutigam bezahlt hatte, müßte es von der Frau zurückverlangen. So müßte also das auf einem doppelten Wege geschehen, was auf einem Wege geschehen kann, wenn man dem vermeintlichen Schuldner, der das Geld gezahlt hat, gleich selbst die Condiction gegen den gewesenen Bräutigam gestattet.

76) *Ant.* Faber Rational. Pand. ad h. 7. hält die Worte: Si autem vere debitor fuisset bis zu Ende für einen Tribonianismus. Allein ohne hinreichenden Grund, wie *Ulr.* Huber in Eunomia Rom. ad h. L. pag. 516. sq. und *Nicol.* Smallenburg in Diss. ad fragment. Juliani in L. 7. pr. D. de cond. causa data. Sect. V. gezeigt haben.

77) *Cod. Erl.* hat condictitiam actionem. Eben so *Claud.* Chevallonius und Baudoza Cestius. Allein die Construction des Worts cedere mit dem Ablativ ist in den

L. 43. *D. de iure dot.* ULPIANUS *libro III. Disputationum.* Licet soleat dos per *acceptilationem* constitui, tamen si ante matrimonium acceptilatio fuerit interposita, nec nuptiae secutae, *Scaevola* ait; matrimonii causa acceptilationem interpositam non secutis nuptiis nullam esse, *atque ideo suo loco manere obligationem.* Quae sententia vera est. — §. 1. Quotiens autem extraneus accepto fert debitori dotis constituendae causa, si quidem nuptiae insecutae non fuerint, *liberatio non sequetur*: nisi forte sic accepto tulit, ut velit mulieri in totum donatum: tunc enim credendum est, *brevi manu acceptum a muliere, et marito datum*: ceterum [78]) mulieri per liberam personam condictio adquiri non potest. Plane secutis nuptiis, mulier soluto matrimonio dotis exactionem habebit: nisi forte sic accepto tulit extraneus, ut ipse, quoquo modo solutum fuerit matrimonium, condictionem habeat: tunc enim non habebit mulier actionem.

Ob übrigens die Aushändigung des Brautschatzes dem Mann selbst, oder einem Dritten geschieht, dem er den Auftrag zur Empfangnehmung gegeben hat, ist gleichviel. Der Mann haftet dennoch wegen des Heyratsguts

Fragmenten der Pandecten nicht ungewöhnlich. z. B. *L.* 4. §. 2. *de alienat. iud. mut. c. facta.* *L.* 15. *D. ad Leg. Aquil.* S. SCHRODER Observat. L. IV. c. 7. und SMALLENBURG ad SCHULTINGII Not. ad Pand. Tom. III. ad h. L. not. 4. pag. 79.

78) *Caeterum* wird hier für ceteroquin genommen, in welcher Bedeutung es öfters vorkommt. *L.* 5. *pr. D. de impens. in rem dot. fact.* *L. un. pr. D. de remiss.* *L.* 7. §. 2. et 8. *D. de minorib.*

eben so, als wenn es ihm selbst wäre übergeben worden, wenn es auch die Frau auf Anweisung des Mannes einem Dritten versprochen hätte. Denn der Dritte wird hier als ein adjectus solutionis gratia betrachtet, und die demselben geschehene Zahlung ist so anzusehen, als wenn sie dem Mann selbst geschehen wäre, wie folgende Gesetzstellen bestätigen.

L. 19. *D. h. t.* ULPIANUS *libro XXXIV. ad Sabinum.* Etiamsi alii iussu mariti dos detur, nihilo minus maritus de dote obligatur.

L. 59. *pr. D. h. t.* MARCELLUS *libro VII. Digestorum.* Si mulier ita dotem promiserit: *Decem tibi aut Titio doti erunt*, hoc casu dici potest, vel Titio dari posse: sed de dote virum teneri, quemadmodum si Titio iussisset dare: nec mirum: cum etiam promissura[79]) viro dotem, possit delegante eo alteri promittere: etsi dici solet, alii, quam marito dotis nomine mulierem non posse obligari: his enim casibus viro dos quaeritur: non enim existimabimus illam ita promisisse, *ut*[80]) vel de Titii nuptiis cogitaret.

79) Die in dem Gebauer. Corp. iuris von Brenkmann angeführte Lesart promissam, als die vulgata, habe ich in keiner meiner alten Ausgaben gefunden: alle lesen promissura. Diese Lesart ist auch die richtige, wie aus den *Basilic.* Tom. IV. pag. 603. Sch. a. erhellet, wo es heißt: *μέλλουσα δὲ αὐτῷ ἐπερωτᾶσθαι.*

80) So liest statt cum, welches die Flor. hat, unser Cod. Erl. Eben so Haloander, Miräus, Chevallon, Merlin, Baudoza u. a. m. Diese Lesart ist allerdings die richtigere, welche auch durch die Scholien der

§. 4. J. de inutilibus stipulat. Plane solutio etiam in extraneam personam conferri potest: veluti si quis ita stipuletur, *Mihi aut Sejo dare spondes?* ut obligatio quidem stipulatori adquiratur, *solvi tamen Sejo, etiam invito eo, recte possit, ut liberatio ipso iure contingat:* sed ille adversus Sejum habeat mandati actionem.

L. 69. D. de Solut. Paulus *libro II. ad Plautium.* Si ita stipulatus sim: *Mihi aut Titio dare spondes?* et debitor constituerit, se mihi solutorum: quamvis mihi competat de constituta actio, potest adhuc *adjecto* solvere. — *Dum enim adjecto solvitur, mihi solvi videtur.*

Ist der Mann noch in väterlicher Gewalt, so kann die Aushändigung der dos auch dem Vater geschehen, und dieser muß dann dafür haften, wenn er auch gleich das Heyrathsgut dem Sohne ausgeliefert hätte. Ein Gleiches gilt, wenn die Auslieferung der dos gleich anfangs dem

Basilicor. Tom. IV. pag. 603. in fin. bestätigt wird, wo es heißt: οὔτε γὰρ ἐπειδὰν τῷ ἀνδρί ἢ τῷ Τιτίῳ τὴν προῖκα ἡ γυνὴ ἐπηρωτήθη διδόναι, δοκεῖ διὰ τοῦτο οὕτως ἐπερωτῆναι την προῖκα, τυχόν σοι ἢ Τιτίῳ, ἐπειδὰν καὶ τὸν πρὸς Τίτιον ἐντεθύμηται γάμον, τουτέστι σκοπὸν ἔχουσα τῷ ἀνδρὶ, ἢ τῷ Τιτίῳ συναφθῆναι πρὸς γάμον. i. e. *Non enim quia mulier marito aut Titio dotem dare promisit, ideo tibi aut Titio dotem promisisse videtur, ut de Titii nuptiis cogitaret, id est, propositum haberet marito, vel Titio nubendi.* Man sehe Pothier Pand. Justin. Tom. II. Lib. XXIV. Tit. 3. Nr. LXI. not. a. pag. 69. und *Greg.* Majansii Disputation. iuris civ. Tom. I. Nr. VIII. de Adjecto solutionis gratia pag. 142 sqq.

Sohne jedoch mit Wissen und ohne Widerspruch des Vaters geschehen wäre [81]. Da aber der Vater für die dos einstehen muß, und gewöhnlich, so lange der Sohn in der väterlichen Gewalt ist, die Lasten der Ehe selbst trägt, so kann er auch die Aushändigung derselben verlangen [82]. Stirbt der Vater, so muß der Sohn bey der Erbtheilung den Brautschatz seiner Frau zum voraus erhalten, weil er nun die ehelichen Lasten selbst übernehmen muß. Er gehört also nicht zum Nachlasse des Vaters [83]. Die hieher gehörigen Gesetzstellen sind.

L. 22. §. 12. D. Soluto matrimon. ULPIANUS *libro XXXIII. ad Edictum.* — Sed si filiusfamilias sit maritus, et dos socero data sit, adversus socerum (de dote) agetur. Plane si filio data sit, si quidem iussu soceri, adhuc absolute socer tenebitur. Quod si filio data sit, non iussu patris, *Sabinus* et *Cassius* responderunt, nihilo minus cum patre agi oportere: videri enim ad eum pervenisse dotem, penes quem est peculium: *sufficit autem ad id damnandum* [84]), *quod est in peculio, vel*

81) S. *Ant.* FABER Cod. definition. forens. Lib. V. Tit. 13. Def. 7. pag. 545.

82) S. *Jac.* VOORDA Commentar. ad Leg. Falcidiam. Cap. VIII. §. 10. pag. 161. und Schweppe Röm. Privatrecht. §. 680. der 3. Ausgabe.

83) Westphals System der Lehre von den einzeln. Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage. §. 759.

84) Viele alte Ausgaben lesen hier *ad id eum damnari.* Z. B. Haloander, Chevallon, Miräus, Merlin und Baudoza. Nach der Glosse war dieses auch die gemeine Leseart in den Handschriften der Glossatoren. In den Scholien der Basiliken Tom. IV. pag. 387.

si quid in rem patris versum est. Sin autem socero dotem dederit, cum marito non poterit experiri, nisi patri heres exstiterit.

Es ist hier noch besonders der Unterschied merkwürdig, den Ulpian zwischen den zwey Fällen macht, ob das Heyrathsgut dem Sohne mit Bewilligung seines Vaters, oder ohne dessen Wissen und Willen ausgehändiget worden ist. Im ersten Falle haftet der Vater dafür in solidum, Ulpian sagt: adhuc *absolute* socer tenebitur[85]), also der Vater haftet auch hier schlechterdings für die dos, eben so wie in dem vorher angeführtem Falle, da das Heyratsgut dem Schwiegervater selbst gegeben worden, und er es also selbst in Empfang genommen hat. In dem letztern Falle aber findet zwar auch eine Klage gegen den Vater Statt, allein nicht in solidum, sondern nur so weit das Heyrathsgut eine Schuld des Vaters geworden ist. Dieser Fall tritt ein, wenn der Vater actione de peculio, oder wenn er actione de in rem verso belangt werden kann. Das erste geschieht, so weit das peculium des Sohns zur Befriedigung der Frau zureicht, das letztere aber, soweit der Sohn das Heyrathsgut der Frau zum Nutzen des Vaters verwendet hat. In jenem Falle kann daher auch der Sohn nach dem Tode des Vaters das peculium aus desselben Verlassenschaft zum voraus verlangen, so weit es zur Re-

Sch. d. heißt es: *καταδικάζεται δὲ πρὸς τὸ ποσὸν τοῦ πεκουλίου*, i. e. *condemnatur autem pro modo peculii.*

85) Der griechische Scholiast in den Basiliken Tom. IV. pag, 387. sagt: *ἀδιαστίκτως ὁ πατὴρ κατέχεται, indistincte* pater tenetur.

sitution und Bezahlung der dos nöthig ist, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 20. §. 1. *D. Fam. ercisc.* ULPIANUS *libro XIX. ad Edictum.* Si filiusfamilias iussu patris obligatus sit, debebit hoc debitum praecipere. Sed et si in rem patris vertit, idem placet, et si de peculio, *peculium praecipiet*, et ita Imperator noster rescripsit. — §. 2. Hoc amplius, filiusfamilias heres institutus *dotem uxoris suae praecipiet*, nec immerito: quia ipse onera matrimonii sustinet. *Integram igitur dotem praecipiet*, et cavebit, defensum iri coheredes, qui ex stipulatu possunt conveniri [86]). Praecipere autem non solum *patri datam dotem* filium oportere, verum etiam *ipsi filio* MARCELLUS scribit: *sed filio datam tamdiu, quamdiu peculium patitur, vel in rem patris versum sit* [87]).

86) Weil sich nämlich diejenigen, welchen künftig, nach Trennung der Ehe, das Heyrathsgut herausgegeben werden muß, an die sämmtlichen Erben des Vaters, welcher dasselbe empfangen hat, halten können; so können die Miterben von dem Manne, der nun das Heyrathsgut aus dem väterlichen Nachlasse zum Voraus bekommt, verlangen, daß er sie gegen diesen Anspruch sicher stelle. S. POTHIER Pand. Justin. Tom. I. Lib. X. Tit. 2. Nr. LVIII. not. f.

87) *Tamdiu*, *quamdiu* wird hier für eatenus, quatenus genommen. S. CUJACIUS Observat. Lib. XV, cap. 22. und BRISSONIUS de Verbor. iuris Signif. voc. *Quamdiu.* *Jo.* JENSIUS in Strictur. ad Pand. pag. 48. hält dies nach seiner bekannten Hypothese für eine schlechte Uebersetzung aus dem Griechischen, wo es vielleicht geheißen ἐφ' ὅσον. In den *Basilic.* Tom. V. pag 672.

Aus allem ergiebt sich, daß die bloße Einwilligung des Vaters in die Verheyrathung seines Sohns den erstern wegen des Heyrathsguts der Frau noch nicht verantwortlich macht. Denn ohne dieselbe wäre die Ehe an sich nichtig, und gar keine dos denkbar [88]). Soll also der Vater wegen der Restitution des Heyrathsguts entweder seiner Schwiegertochter, oder einem Dritten, der das Heyrathsgut für sie gegeben, sich aber den Rückfall nach Trennung der Ehe vorbehalten hat [89]), verbindlich seyn, so muß die dos entweder ihm selbst, oder auf desselben Geheiß dem Sohne eingehändiget worden seyn; sonst haftet er nur de peculio oder de in rem verso [90]). Ist die dos dem Sohne ohne Wissen und Willen des Vaters gegeben worden, so steht auch der Vater für keine Gefahr noch culpa, sondern die Frau trägt die Gefahr, bis der Vater die geschehene Aushändigung der dos an den Sohn genehmiget hat. Erfolgt jedoch diese Genehmigung nicht, so kann die Frau schon während der Ehe ihr Heyrathsgut zurückfordern, oder, wenn sie es nur blos versprochen, aber noch nicht übergeben hat, so kann sie es mit der condictio incerti dahin bringen, daß sie ihres Versprechens entlediget wird. So sagt Julian *libro* 16. *Digestor.* wo es nach *L.* 46. *D. h. t.* folgendermassen heißt:

in fin. heißt es: μέχρι τοῦ πεκουλίου, ἢ ὅσον ἐξ αὐτῆς (προικὸς) εἰς τὰ τοῦ πατρὸς ἐδαπάνησεν.

88) *Pr. et* §. 12. *I. de nupt.*

89) Ulpian gedenkt dieses Falles ausdrücklich *L.* 20. §. 2. *Fam. ercisc.* in den Worten: Idem, et si ALIUS dotem dedit, et stipulatus est.

90) S. *Ant.* MERENDA Controversiar. iuris Lib. XVI. Cap. 50. (Tom. III. der prachtvollen Ausgabe *Bruxellis* 1746. fol. mai.)

Traditione quoque rei dotalis, in persona servi vel filiifamilias facta, dos constituitur, ita ut neque periculum, nec culpam dominus aut pater praestet. Igitur hanc dotem periculo mulieris esse dico, *quamdiu*[91]) *dominus vel pater ratam promissionem vel donationem*[92]) *habuerit:* ideoque etiam manente matrimonio res quas tradiderit, condictione repetituram: item incerti condictione consecuturam, ut promissione liberetur.

So wie nun durch Ueberlieferung die Bestellung eines Heyrathsguts auch ohne vorhergehendes Versprechen geschehen kann, indem durch Schließung der Ehe die Absicht eine dos zu bestellen hinlänglich erklärt wird, worin

91) *Quamdiu* ist hier soviel als donec oder quoadusque. S. *Ant.* Schulting Not. ad Dig. cum animadvers. *Smallenburgii* edit. Tom. IV. ad h. L. 46. pag. 249. Eben so wird das Wort Quamdiu auch vom Ulpian. *Fragm. Tit. I.* §. 16. gebraucht. S. Schulting Jurispr. vet. Antejust. pag. 567. Not. 69. In den *Basilic.* Tom. IV. pag. 517. in fin. ἕως οὗ δεκτὸν ἡγήσωνται, *donec ratum habuerint.* *Claud.* Chevallonius und Baudoza Cestius lesen quoad.

92) *Cod. Erl.* hat traditionem. Eben so Chevallon und Haloander. Cujacius in Comment. ad Libr. XVI. Digestor. Salvii Juliani h. L. (*Oper.* a Fabroto *editor.* Tom. III. pag. 116.) hält die florentinische Lesart *donationem* für fehlerhaft, und glaubt, es müsse *dationem* gelesen werden. Denn auch die *Basilica* hätten das Wort: παράδοσιν. Allein *Scip.* Gentilis Originum ad Pandect. lib. sing. voc. *Donatio.* (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 1384.) vertheidiget die florentinische Lesart, weil dos auch vom Varro de Ling. Lat. lib. IV. δορον genennt werde.

denn die *datio dotis* im eigentlichen Verstande besteht; so ist dagegen das bloße Versprechen ohne erfolgte Uebergabe zur Uebertragung des Eigenthums an den Dotalgütern nicht hinreichend. Die promissio dotis ist nur die iusta causa praecedens, propter quam traditio sequeretur, wie Paulus *libro* 31. *ad Edictum* [93]) sagt. Diese traditio ist es also, wodurch der Ehemann erst das dominium dotis erwirbt, quae enim, sagt Justinian, *ex causa dotis* traduntur, sine dubio transferuntur. Diese Tradition trat an die Stelle der ehemaligen solennen Mancipation, welche römisches Eigenthum gab, und der in iure cessio, welche auch eine römische Erwerbungsart, und einem Vindicationsproceß ähnlich war. Diese konnte auch bey unkörperlichen Sachen vorkommen, z. B. beym usufructus in dotem datus, und erforderte einen Rechtsspruch der Obrigkeit [94]). Eben deswegen, weil sie das Erscheinen vor dem Prätor in Rom, und in den Provinzen vor dem Praeses provinciae nothwendig machte, und verwickelter war, als die Mancipation, scheint sie die weniger beliebte Form gewesen zu seyn [95]). Gajus [96]) gedenckt indessen beyder, als noch

93) *L.* 31. *D. de acquir. rer. dom.*

94) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. S. 155. nr. 15—25. (der 8. Ausg. Berlin 1822.) und Schweppe Röm. Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer. §. 273.

95) Gajus *Institution. Commentar.* Lib. II. §. 25. pag. 81. (*Berolini* 1820. 8.) Fere semper mancipationibus utimur, quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum maiore difficultate apud Praetorem, aut apud Praesidem provinciae quaerere.

96) *Institut Comm.* II. §. 63.

zu seiner Zeit geltend, gerade in Beziehung auf die dos, wie er das praedium dotale bey den Gegenständen aufführt, die nicht veräußert werden dürfen. Nam dotale praedium, sagt er, maritus invita muliere per legem Iuliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit, vel *mancipatum ei dotis causa*, vel *in iure cessum*, vel usucaptum. Die dritte quiritarische Erwerbart, deren Gajus hier in Beziehung auf das dem Ehemann zustehende Eigenthum an der dos gedenkt, diente zu seinen Zeiten theils dazu, um an der res dotalis, welche der Ehemann nur noch jetzt in bonis hatte, ein römisches Eigenthum zu erwerben, theils eine Sache, von welcher der Ehemann nur bonae fidei possessor, der Eigenthümer aber ein Dritter war, als dos zu erwerben[97]. Die Aufhebung des Unterschiedes zwischen dem quiritarischen und bonitarischen oder natürlichen Eigenthume, machte sowohl jene älteren Erwerbungsarten unnütz, als auch die Usucapion in dem Falle unnöthig, da sie dem bonitarischen Eigenthümer, oder mit Gajus[98] zu reden, demjenigen, welcher die Sache nur in bonis hatte, das Eigenthum ex iure Quiritium gab, welches nunmehr wegfällt, seitdem alles natürliche Eigenthum römisch ward[99]. Die usucapio pro dote findet also nur noch in dem Falle Statt, wenn eine fremde Sache dem Ehemann zur dos gegeben worden ist, ob eine bewegliche oder unbewegliche, ist gleichviel, wenn sie nur der Mann in gutem Glauben als eine dos in Empfang nahm, und übrigens eine gül-

97) Hugo angef. Lehrbuch S. 149. und Schweppe röm. Rechtsgeschichte. §. 273.

98) *Institut. Comm.* Lib. II. §. 41.

99) *L. un. C. de nudo iure Quiritum tollendo.* VII. 25.

ige Ehe vorhanden ist, weil ohne eine solche keine dos Statt finden kann [100]). Cujaz [1]) meint zwar, daß unbewegliche Sachen vom Manne nicht pro dote usucapirt werden könnten, weil ein fundus dotalis nicht verjährt werden könne; denn dieß sey eine Veräußerung, welche die lex Iulia verbiete. Dann aber rede die *L. un. Cod. de usucapione pro dote* ausdrücklich nur von beweglichen Sachen. Allein diese Gründe sind des großen Cujaz nicht würdig [2]). Es ist hier nicht von einer Veräußerung, sondern von der Erwerbung einer dos durch Ersitzung, also nicht von einer Verjährung gegen die Frau, sondern gegen einen Dritten die Rede, welcher an dem Dotalgute Ansprüche hat [3]). Daß aber eine Verjährung pro dote auch bey unbeweglichen Sachen Statt findet, ergiebt sich aus einem Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian, welches, so wie es uns in *L. 3. Cod. de praescriptione longi tempor.* X. *vel* XX. *annor.* aufbehalten ist, folgendermaßen lautet.

Si *vineae*, quas mater tua vitrico tuo in dotem dedit, tuae proprietatis sunt, *nec ulla praescriptio ex transacti temporis prolixitate adolevit:* Praeses provinciae restitui tibi eas efficiet.

100) *L.* 1. *D. Pro dote.* (XLI. 9.)

1) Observat. Lib. XIV. cap. 9. und Recitation. solemn. in Cod. Lib. VII. Tit. 28. de Usucap. pro dote.

2) Eben dies hat zwar auch schon Wissenbach Comment. repet. praelect. in libr. VII. Tit. 28. Cod. erinnert, allein den Cujaz nicht hinlänglich widerlegt.

3) S. *Greg.* Majansius Disputation. iuris civ. Tom. II. Disp. 57. pag. 261. sq. und Westphals System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum, und Verjährung. §. 650.

Unmöglich kann also das vom Kaiser Alexander erlassene Rescript, worauf sich Cujaz beruft, blos auf bewegliche Sachen eingeschränkt werden, wenn es darin heißt:

Res mobiles in dotem datae, quamvis alienae, *si sine vitio tamen fuerint*, a bonae fidei accipiente pro dote acceptae, usucapiuntur.

Vermuthlich war ein Zweifel über die Zuläßigkeit der Usucapion entstanden, wegen einer mala fides superveniens. Ein solcher Zweifel konnte nur entstehen, wenn die Sache eine bewegliche ist. Denn da eine bewegliche Sache, welche von einem malae fidei possessor veräußert worden ist, einer gestohlnen gleichgeachtet wird [4]), so konnte man glauben, die Sache sey durch eine mala fides superveniens in die Reihe gestohlner Sachen getreten. Darauf scheinen auch die Worte, *si sine vitio tamen fuerint*, hinzudeuten. So läßt sich also erklären, warum hier nur von beweglichen Sachen die Rede war [5]). In den Basiliken [6]) heißt es ganz allgemein: Κἂν ἀπὸ προικὸς λάβῃ τις ἀλλότριον πρᾶγμα, δύναται αὐτὸ διὰ τῆς χρήσεως δεσπόζειν. i. e. *Etiamsi pro dote quis accipiat rem alienam, potest eam longa possessione capere.*

Ist die Sache noch vor Schließung der Ehe dem Bräutigam übergeben worden, so verjährt er sie pro suo. Sie muß ihm nur nicht mit der ausdrücklichen Erklärung

4) §. 3. *I. de Usucap.*

5) S. Unterholzner's Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz. §. 27. Absch. 7.

6) Lib. 50. Tit. VIII. in *Ger.* Meerman novo Thes. iuris civ. et canon. Tom. V. pag. 64.

übergeben worden seyn, daß er nicht eher Eigenthümer derselben werden solle, als bis die Ehe erfolgt seyn wird. Hier findet vor der Ehe gar keine Usucapion Statt. Eben dieses gilt, wenn die dos dem Bräutigam ästimirt übergeben worden ist. Denn auch hier wird er nicht vor Eingehung der Ehe Eigenthümer [7]. Folgende Gesetzstellen bestätigen dieß alles.

L. 1. §. 2. *D. Pro dote.* Ulpianus *libro XXXI. ad Sabinum.* Est quaestio vulgata, an sponsus possit (hoc est, qui nondum maritus est) rem pro dote usucapere? Et *Iulianus* inquit: Si sponsa sponso ea mente tradiderit res, *ut non ante eius fieri vellet, quam nuptiae secutae sint*, usus quoque capio cessabit: si tamen non evidenter id actum fuerit, credendum esse id agi *Iulianus* ait, ut statim res eius fiant: *et si alienae sint, usucapi possint*: quae sententia mihi probabilis videtur. *Ante nuptias* autem non pro dote usucapit, sed *pro suo.*

L. 2. *D. eodem.* Paulus *libro LIV. ad Edictum.* Si aestimata res ante nuptias tradita sit: nec pro emtore, nec pro suo ante nuptias usucapietur.

Diese usucapio pro suo hat auch wohl in dem Falle Statt, wenn bey einer schlechthin ungültigen Ehe keine dos nicht rechtlich bestehen kann, wenn nur der Ehemann in bona fide ist. Zwar sagt Ulpian *L.* 1. §. 3. *D. pro dote*; Constante autem matrimonio, pro dote usucapio inter eos locum habet, inter quos est matrimonium. Ceterum si cesset matrimonium,

7) *L.* 10. §. 4. *et* 5. *L.* 17. §. 1. *D. h. t.*

Cassius ait, cessare usucapionem, quia ei dos nulla sit. und §. 4. Idem scribit, et si putavit maritus esse sibi matrimonium, cum non esset, usucapere eum non posse, quia nulla dos sit: quae sententia habet rationem. Allein daß deswegen die usucapio pro suo nicht ausgeschlossen sey, lehrt uns Proculus *libro VII. Epistolarum*, woraus die *L.* 67. *D. de iure dotium* entlehnt ist, welche folgendermassen lautet: *Proculus* nepoti suo salutem. Ancilla, quae nupsit, dotisque nomine pecuniam viro tradidit, sive sciet [8]) se ancillam esse, sive ignoret, non poterit eam pecuniam viri facere: eaque nihilo minus mansit eius, cuius fuerat, antequam eo nomine viro traderetur: nisi forte usucapta est, nec postea, quam apud eundem virum libera facta est, eius pecuniae causam mutare potuit: itaque nec facto quidem divortio, aut dotis iure, aut per condictionem repetere recte potest: sed is, cuius pecunia est, recte vindicat eam. Quod si vir eam pecuniam *pro suo possidendo* usucepit, scilicet quia existimavit mulierem liberam esse: propius est, ut existimem, eum lucrifecisse: utique, si antequam matrimonium esse inciperet, usucepit. Es ist doch hier wenigstens eine datio ob causam vorhanden, wodurch die usucapio pro suo begründet wird [9]). Der Unterschied zwischen der usucapio pro dote, und der usucapio pro suo besteht darin.

8) *Cod. Erl.* sciret. Die meisten lesen sciat. Z. B. Haloander, Chevallon, Miräus, Baudoza, Merlinus u. a. m.

9) S. Unterholzner Lehre von der Verjährung. §. 27. Nr. 4. S. 205.

Pro dote usucapirt der Mann zum Besten der Frau. Er verjährt die Sache, als empfangenes Heyrathsgut, für die Frau mit der Verbindlichkeit solches nach getrennter Ehe zurückzugeben. Der Vortheil für den Mann besteht nur darin, daß er nun, nach vollendeter Usucapion, von dem vorigen Eigenthümer nicht mehr in Anspruch genommen, und während der Ehe beunruhiget werden kann. Keinesweges aber kann der Ehemann, oder sein Erbe der Frau, oder wer sonst nach getrennter Ehe das Heyrathsgut zurückfordert, es bestehe in einer beweglichen oder unbeweglichen Sache, die Restitution deßelben unter dem Vorwand einer Usucapion vorenthalten. Es bleibt daher immer unbegreiflich, wie der große Cujaz die Usucapio pro dote bey einer unbeweglichen Sache als eine solche Veräußerung betrachten konnte, welche die lex Iulia verboten habe. Noch unbegreiflicher aber ist es, wie Branchu[10] sagen kann, validissimum est argumentum, quod *Cujacius ex L. 16. D. de fundo dotali* petit, da in diesem Gesetz von einem solchen Falle die Rede ist, wo ein Dritter den fundus in gutem Glauben besaß, welchen die Frau als ihr Eigenthum dem Mann zum Brautschatz überlaßen, der Mann aber zu vindiciren, auf seine Gefahr vernachläßiget hatte. *Pro suo* hingegen usucapirt der Besitzer dasjenige für sich, was ihm zur dos gegeben wurde, wenn bey einer schlechthin ungültigen Ehe eine dos gar nicht gedacht werden kann, und die Usucapion vollendet ward, ehe das Hinderniß der Ehe war gehoben worden. Dieß ist wenigstens nach der Meinung des Proculus keinem Zweifel unterworfen. In dem Falle,

10) Observation. ad ius Roman. Decad. II. Cap. 20. pag. 258. (*Lugd. Batavor.* 1720. 8.)

den er in der angeführten Stelle entscheidet, hatte nämlich eine Sklavin sich mit einem römischen Bürger verheyrathet, welcher sie für eine freie Römerin hielt. Sie hatte ihm ein Heyrathsgut in Geld gegeben. Natürlich konnte das nicht ihr Eigenthum seyn. Wir dürfen aber auch nicht annehmen, daß sie es ihrem Herrn entwendet habe, denn sonst hätte keine Usucapion Statt gefunden. Sie gab also vermuthlich das Geld von ihrem Peculium. Denn auch Sklavinnen konnten ein peculium haben, woran ihnen die libera administratio überlaßen war [11]). Sie hatte vielleicht die Hoffnung, ihr Herr werde sie nächstens manumittiren, und ihr das Peculium laßen [12]). Man konnte ihr also auch nicht geradezu Schuld geben, als ob sie rem suam peculiarem furandi consilio amovirt habe [13]). Kurz sie war nicht Eigenthümerin des dem Manne gleichsam als dos gegebenen Geldes, und konnte es auch nicht seyn. Sie konnte also auch ihren Mann nicht zum Eigenthümer machen. Das Geld blieb folglich Eigenthum ihres Herrn, dem es vorher gehört hatte. Hätte es ein Dritter als dos für die Sklavin gegeben, der sie gleichfalls für eine freie Römerin hielt, so wäre wohl das Eigenthum auf den Mann übergegangen, wie Proculus an einem Orte [14]) sagt, der Besteller hätte es aber doch, obwohl freylich nur mit einer Con-

11) *L.* 3. §. 2. *L.* 27. *D. de peculio.* *L.* 14. *in fin. D. de obligat. et action.* *L.* 52. §. 26. *D. de furtis.*

12) *L.* 53. *D. de peculio.*

13) *L.* 53. *D. de condict. indebiti.* Diese Stelle ist ebenfalls aus des Proculus *libro VII. Epistolarum* genommen.

14) *L.* 56. §. 3. *D. de furtis.*

diction, zurückfordern können, während in jenem Fall dem Herrn die Vindication zustand. Die Sklavin ward zwar nachher frey, aber dadurch die ungültige dotis datio um nichts gebessert. Denn die causa dotis war gleich anfangs gar nicht geeignet zur Uebertragung des Eigenthums, weil die Ehe schlechthin ungültig war. Sie konnte also auch in der Folge nicht in eine iusta causa verwandelt werden, vermöge der bekannten Regel, quod causa possessionis mutari nequeat [15]. Die Frau konnte also, wie Proculus sagt, das Geld auf keine Weise zurückfordern, wenn auch die Ehe wäre getrennt worden, weder als eine dos, weil diese bey der Nichtigkeit der Ehe nicht denkbar ist, noch als eine Schuld, weil keine Condiction Statt findet, wenn nicht das Eigenthum der zu condicirenden Sache auf den Empfänger derselben übergegangen ist [16]. Nur ihr gewesener Herr, wenn er ihr das Peculium bey der Manumission nicht gelaßen hat, konnte allein das Geld vindiciren, weil ihm sein Recht verblieb, sofern ihm nicht etwa von Seiten des Mannes eine Usucapion entgegengesetzt werden konnte. Diese konnte nun dem Mann allerdings zu statten kommen, zwar

15) Aus diesem Grund sagt daher Marcellus *L.* 59. §. 2. *D. h. t.* mit Recht: Si manumissa nupserit, ita demum dos erit, si ea mente dedisti, *ut quandoque secutis nuptiis dos esset.*

16) In den *Basilic.* Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 1. Const. 63. pag. 524. heist es: Ὅθεν οὔτε γινομένου διαζυγίου ἀπαιτεῖ αὐτὰ, ἢ ὡς προικιμιαῖα, ἢ ὡς τυχὸν χρεωστούμενα, ἀλλ' ὁ δεσπότης αὐτῶν ἐκδικεῖ αὐτά. i. e. *Itaque nec facto divortio eam repetit, vel tanquam dotalem, vel tanquam debitam, sed dominus eius eam vindicat.*

nicht pro dote, aber pro suo. Denn er war in bona fide. Er hielt die Person, mit der er die Ehe schloß, für eine freye Römerin. Diese hatte auch die Absicht durch die Uebergabe das Eigenthum des Geldes ihrem vermeintlichen Manne zu übertragen. Es war die datio dotis nomine, und also ob causam geschehen. Der Besitz des Mannes war ohne vitium, und auf die Meinung eines rechtsgültigen Titels gegründet. Alle Erfordernisse einer usucapio pro suo waren also vorhanden [17]. Sie war auch vollendet, ehe noch die Manumission erfolgte, und hierdurch die Ehe convalescirte. Da aber keine dos im rechtlichen Sinne vorhanden war, so hatte der Mann auch nicht für die Frau, sondern für sich usucapirt. Denn die Frau konnte kein Recht daran erwerben, weil sie während der Usucapion Sklavin war [18]. Sie konnte daher auch im Falle der getrennten Ehe nichts zurückfordern. Der Mann lucrirte also das ihm dotis nomine gegebene Geld unwiderruflich. Wäre die Ehe vor der Vollendung der Usucapion durch Manumission der Frau gültig geworden, so würde auch eine usucapio pro dote zu Gunsten der Frau Statt gefunden haben, weil ihr die accessio temporis, während deßen der Mann die Sache bereits als dos besessen, zu statten gekommen wäre [19].

17) *L. ult.* §. 1. *D. pro suo.* *L.* 11. *D. pro emtore.* Man vergleiche hier das weitläuftige Scholion des griechischen Interpres in den *Basilicis* Tom. IV. pag. 612. und Unterholzner a. a. O. §. 30. Not. e. S. 223.

18) Man sehe besonders *B.* Branchu Observation. ad ius Rom. Dec. II. Cap. 19. pag. 208 — 220. und Pothier Pand. Iustinian. Tom. II. Lib. XXIII. Tit. 3. Nr. 53. not. m. pag. 28.

19) *L.* 13. §. 6. *D. de acquir. vel amitt. possess.* In dote

denn die *datio dotis* im eigentlichen Verstande besteht; so ist dagegen das bloße Versprechen ohne erfolgte Uebergabe zur Uebertragung des Eigenthums an den Dotalgütern nicht hinreichend. Die promissio dotis ist nur die iusta causa praecedens, propter quam traditio sequeretur, wie Paulus *libro* 31. *ad Edictum*[93]) sagt. Diese traditio ist es also, wodurch der Ehemann erst das dominium dotis erwirbt, quae enim, sagt Justinian, *ex causa datis traduntur*, sine dubio transferuntur. Diese Tradition trat an die Stelle der ehemaligen solennen Mancipation, welche römisches Eigenthum gab, und der in iure cessio, welche auch eine römische Erwerbungsart, und einem Vindicationsproceß ähnlich war. Diese konnte auch bey unkörperlichen Sachen vorkommen, z. B. beym ususfructus in dotem datus, und erforderte einen Rechtsspruch der Obrigkeit[94]). Eben deswegen, weil sie das Erscheinen vor dem Prätor in Rom, und in den Provinzen vor dem Praeses provinciae nothwendig machte, und verwickelter war, als die Mancipation, scheint sie die weniger beliebte Form gewesen zu seyn[95]). Gajus[96]) gedenckt indessen beyder, als noch

93) *L.* 31. *D. de acquir. rer. dom.*

94) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. S. 155. nr. 15—25. (der 8. Aug. Berlin 1822.) und Schweppe Röm. Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer. §. 273.

95) Gajus *Institution. Commentar.* Lib. II. §. 25. pag. 81. (*Berolini* 1820. 8.) Fere semper mancipationibus utimur, quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum maiore difficultate apud Praetorem, aut apud Praesidem provinciae quaerere.

96) *Institut Comm.* II. §. 63.

zu seiner Zeit geltend, gerade in Beziehung auf die dos, wie er das praedium dotale bey den Gegenständen aufführt, die nicht veräußert werden dürfen. Nam dotale praedium, sagt er, maritus invita muliere per legem Iuliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit, vel *mancipatum ei dotis causa*, vel *in iure cessum*, vel usucaptum. Die dritte quiritarische Erwerbart, deren Gajus hier in Beziehung auf das dem Ehemann zustehende Eigenthum an der dos gedenkt, diente zu seinen Zeiten theils dazu, um an der res dotalis, welche der Ehemann nur noch jetzt in bonis hatte, ein römisches Eigenthum zu erwerben, theils eine Sache, von welcher der Ehemann nur bonae fidei possessor, der Eigenthümer aber ein Dritter war, als dos zu erwerben 97). Die Aufhebung des Unterschiedes zwischen dem quiritarischen und bonitarischen oder natürlichen Eigenthume, machte sowohl jene älteren Erwerbungsarten unnütz, als auch die Usucapion in dem Falle unnöthig, da sie dem bonitarischen Eigenthümer, oder mit Gajus 98) zu reden, demjenigen, welcher die Sache nur in bonis hatte, das Eigenthum ex iure Quiritium gab, welches nunmehr wegfällt, seitdem alles natürliche Eigenthum römisch ward 99). Die usucapio pro dote findet also nur noch in dem Falle Statt, wenn eine fremde Sache dem Ehemann zur dos gegeben worden ist, ob eine bewegliche oder unbewegliche, ist gleichviel, wenn sie nur der Mann in gutem Glauben als eine dos in Empfang nahm, und übrigens eine gül-

97) Hugo angef. Lehrbuch S. 149. und Schweppe röm. Rechtsgeschichte. §. 273.

98) *Institut. Comm.* Lib. II. §. 41.

99) *L. un. C. de nudo iure Quiritum tollendo.* VII. 25.

ige Ehe vorhanden ist, weil ohne eine solche keine dos Statt finden kann [100]. Cujaz [1] meint zwar, daß unbewegliche Sachen vom Manne nicht pro dote usucapirt werden könnten, weil ein fundus dotalis nicht verjährt werden könne; denn dieß sey eine Veräußerung, welche die lex Iulia verbiete. Dann aber rede die *L. un. Cod. de usucapione pro dote* ausdrücklich nur von beweglichen Sachen. Allein diese Gründe sind des großen Cujaz nicht würdig [2]. Es ist hier nicht von einer Veräußerung, sondern von der Erwerbung einer dos durch Ersitzung, also nicht von einer Verjährung gegen die Frau, sondern gegen einen Dritten die Rede, welcher an dem Dotalgute Ansprüche hat [3]. Daß aber eine Verjährung pro dote auch bey unbeweglichen Sachen Statt findet, ergiebt sich aus einem Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian, welches, so wie es uns in *L. 3. Cod. de praescriptione longi tempor.* X. *vel* XX. *annor.* aufbehalten ist, folgendermaßen lautet.

Si *vineae*, quas mater tua vitrico tuo in dotem dedit, tuae proprietatis sunt, *nec ulla praescriptio ex transacti temporis prolixitate adolevit:* Praeses provinciae restitui tibi eas efficiet.

100) *L. 1. D. Pro dote.* (XLI. 9.)

1) Observat. Lib. XIV. cap. 9. und Recitation. solemn. in Cod. Lib. VII. Tit. 28. de Usucap. pro dote.

2) Eben dies hat zwar auch schon Wissenbach Comment. repet. praelect. in libr. VII. Tit. 28. Cod. erinnert, allein den Cujaz nicht hinlänglich widerlegt.

3) S. *Greg.* Majansius Disputation. iuris civ. Tom. II. Disp. 57. pag. 261. sq. und Westphals System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum, und Verjährung. §. 650.

Unmöglich kann also das vom Kaiser Alexander erlassene Rescript, worauf sich Cujaz beruft, blos auf bewegliche Sachen eingeschränkt werden, wenn es darin heißt:

Res mobiles in dotem datae, quamvis alienae, *si sine vitio tamen fuerint*, a bonae fidei accipiente pro dote acceptae, usucapiuntur.

Vermuthlich war ein Zweifel über die Zuläßigkeit der Usucapion entstanden, wegen einer mala fides superveniens. Ein solcher Zweifel konnte nur entstehen, wenn die Sache eine bewegliche ist. Denn da eine bewegliche Sache, welche von einem malae fidei possessor veräußert worden ist, einer gestohlnen gleichgeachtet wird [4]), so konnte man glauben, die Sache sey durch eine mala fides superveniens in die Reihe gestohlner Sachen getreten. Darauf scheinen auch die Worte, *si sine vitio tamen fuerint*, hinzudeuten. So läßt sich also erklären, warum hier nur von beweglichen Sachen die Rede war [5]). In den Basiliken [6]) heißt es ganz allgemein: Κἂν ἀπὸ προικὸς λάβῃ τις ἀλλότριον πρᾶγμα, δύναται αὐτὸ διὰ τῆς χρήσεως δεσπόζειν. i. e. *Etiamsi pro dote quis accipiat rem alienam, potest eam longa possessione capere.*

Ist die Sache noch vor Schließung der Ehe dem Bräutigam übergeben worden, so verjährt er sie pro suo. Sie muß ihm nur nicht mit der ausdrücklichen Erklärung

4) §. 3. *I. de Usucap.*

5) S. Unterholzner's Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz. §. 27. Absch. 7.

6) Lib. 50. Tit. VIII. in *Ger.* Meerman novo Thes. iuris civ. et canon. Tom. V. pag. 64.

übergeben worden seyn, daß er nicht eher Eigenthümer derselben werden solle, als bis die Ehe erfolgt seyn wird. Hier findet vor der Ehe gar keine Usucapion Statt. Eben dieses gilt, wenn die dos dem Bräutigam ästimirt übergeben worden ist. Denn auch hier wird er nicht vor Eingehung der Ehe Eigenthümer [7]). Folgende Gesetzstellen bestätigen dieß alles.

L. 1. §. 2. *D. Pro dote.* ULPIANUS *libro XXXI. ad Sabinum.* Est quaestio vulgata, an sponsus possit (hoc est, qui nondum maritus est) rem pro dote usucapere? Et *Iulianus* inquit: Si sponsa sponso ea mente tradiderit res, *ut non ante eius fieri vellet, quam nuptiae secutae sint,* usus quoque capio cessabit: si tamen non evidenter id actum fuerit, credendum esse id agi *Iulianus* ait, ut statim res eius fiant: *et si alienae sint, usucapi possint:* quae sententia mihi probabilis videtur. *Ante nuptias* autem non pro dote usucapit, sed *pro suo.*

L. 2. *D. eodem.* PAULUS *libro LIV. ad Edictum.* Si aestimata res ante nuptias tradita sit: nec pro emtore, nec pro suo ante nuptias usucapietur.

Diese usucapio pro suo hat auch wohl in dem Falle Statt, wenn bey einer schlechthin ungültigen Ehe keine dos nicht rechtlich bestehen kann, wenn nur der Ehemann in bona fide ist. Zwar sagt Ulpian *L.* 1. §. 3. *D. pro dote;* Constante autem matrimonio, pro dote usucapio inter eos locum habet, inter quos est matrimonium. Ceterum si cesset matrimonium,

7) *L.* 10. §. 4. *et* 5. *L.* 17. §. 1. *D. h. t.*

Cassius ait, cessare usucapionem, quia ei dos nulla sit. und §. 4. Idem scribit, et si putavit maritus esse sibi matrimonium, cum non esset, usucapere eum non posse, quia nulla dos sit: quae sententia habet rationem. Allein daß deswegen die usucapio pro suo nicht ausgeschlossen sey, lehrt uns Proculus *libro VII. Epistolarum*, woraus die *L.* 67. *D. de iure dotium* entlehnt ist, welche folgendermassen lautet: *Proculus* nepoti suo salutem. Ancilla, quae nupsit, dotisque nomine pecuniam viro tradidit, sive sciet [8]) se ancillam esse, sive ignoret, non poterit eam pecuniam viri facere: eaque nihilo minus mansit eius, cuius fuerat, antequam eo nomine viro traderetur: nisi forte usucapta est, nec postea, quam apud eundem virum libera facta est, eius pecuniae causam mutare potuit: itaque nec facto quidem divortio, aut dotis iure, aut per condictionem repetere recte potest: sed is, cuius pecunia est, recte vindicat eam. Quod si vir eam pecuniam *pro suo possidendo* usucepit, scilicet quia existimavit mulierem liberam esse: propius est, ut existimem, eum lucrifecisse: utique, si antequam matrimonium esse inciperet, usucepit. Es ist doch hier wenigstens eine datio ob causam vorhanden, wodurch die usucapio pro suo begründet wird [9]). Der Unterschied zwischen der usucapio pro dote, und der usucapio pro suo besteht darin.

8) *Cod. Erl.* sciret. Die meisten lesen sciat. Z. B. Haloander, Chevallon, Miräus, Baudoza, Merlinus u. a. m.

9) S. Unterholzner Lehre von der Verjährung. §. 127. Nr. 4. S. 205.

Pro dote usucapirt der Mann zum Besten der Frau. Er verjährt die Sache, als empfangenes Heyrathsgut, für die Frau mit der Verbindlichkeit solches nach getrennter Ehe zurückzugeben. Der Vortheil für den Mann besteht nur darin, daß er nun, nach vollendeter Usucapion, von dem vorigen Eigenthümer nicht mehr in Anspruch genommen, und während der Ehe beunruhiget werden kann. Keinesweges aber kann der Ehemann, oder sein Erbe der Frau, oder wer sonst nach getrennter Ehe das Heyrathsgut zurückfordert, es bestehe in einer beweglichen oder unbeweglichen Sache, die Restitution deßelben unter dem Vorwand einer Usucapion vorenthalten. Es bleibt daher immer unbegreiflich, wie der große Cujaz die Usucapio pro dote bey einer unbeweglichen Sache als eine solche Veräußerung betrachten konnte, welche die lex Iulia verboten habe. Noch unbegreiflicher aber ist es, wie Brandhu [10] sagen kann, validissimum est argumentum, quod *Cujacius ex L. 16. D. de fundo dotali* petit, da in diesem Gesetz von einem solchen Falle die Rede ist, wo ein Dritter den fundus in gutem Glauben besaß, welchen die Frau als ihr Eigenthum dem Mann zum Brautschatz überlaßen, der Mann aber zu vindiciren, auf seine Gefahr vernachläßiget hatte. *Pro suo* hingegen usucapirt der Besitzer dasjenige für sich, was ihm zur dos gegeben wurde, wenn bey einer schlechthin ungültigen Ehe eine dos gar nicht gedacht werden kann, und die Usucapion vollendet ward, ehe das Hinderniß der Ehe war gehoben worden. Dieß ist wenigstens nach der Meinung des Proculus keinem Zweifel unterworfen. In dem Falle,

10) Observation. ad ius Roman. Decad. II. Cap. 20. pag. 258. (*Lugd. Batavor.* 1720. 8.)

den er in der angeführten Stelle entscheidet, hatte nämlich eine Sklavin sich mit einem römischen Bürger verheyrathet, welcher sie für eine freie Römerin hielt. Sie hatte ihm ein Heyrathsgut in Geld gegeben. Natürlich konnte das nicht ihr Eigenthum seyn. Wir dürfen aber auch nicht annehmen, daß sie es ihrem Herrn entwendet habe, denn sonst hätte keine Usucapion Statt gefunden. Sie gab also vermuthlich das Geld von ihrem Peculium. Denn auch Sklavinnen konnten ein peculium haben, woran ihnen die libera administratio überlaßen war [11]). Sie hatte vielleicht die Hoffnung, ihr Herr werde sie nächstens manumittiren, und ihr das Peculium laßen [12]). Man konnte ihr also auch nicht geradezu Schuld geben, als ob sie rem suam peculiarem furandi consilio amovirt habe [13]). Kurz sie war nicht Eigenthümerin des dem Manne gleichsam als dos gegebenen Geldes, und konnte es auch nicht seyn. Sie konnte also auch ihren Mann nicht zum Eigenthümer machen. Das Geld blieb folglich Eigenthum ihres Herrn, dem es vorher gehört hatte. Hätte es ein Dritter als dos für die Sklavin gegeben, der sie gleichfalls für eine freie Römerin hielt, so wäre wohl das Eigenthum auf den Mann übergegangen, wie Proculus an einem Orte [14]) sagt, der Besteller hätte es aber doch, obwohl freylich nur mit einer Con-

11) *L.* 3. §. 2. *L.* 27. *D. de peculio.* *L.* 14. *in fin. D. de obligat. et action.* *L.* 52. §. 26. *D. de furtis.*

12) *L.* 53. *D. de peculio.*

13) *L.* 53. *D. de condict. indebiti.* Diese Stelle ist ebenfalls aus des Proculus *libro VII. Epistolarum* genommen.

14) *L.* 56. §. 3. *D. de furtis.*

diction, zurückfordern können, während in jenem Fall dem Herrn die Vindication zustand. Die Sklavin ward zwar nachher frey, aber dadurch die ungültige dotis datio um nichts gebessert. Denn die causa dotis war gleich anfangs gar nicht geeignet zur Uebertragung des Eigenthums, weil die Ehe schlechthin ungültig war. Sie konnte also auch in der Folge nicht in eine iusta causa verwandelt werden, vermöge der bekannten Regel, quod causa possessionis mutari nequeat [15]. Die Frau konnte also, wie Proculus sagt, das Geld auf keine Weise zurückfordern, wenn auch die Ehe wäre getrennt worden, weder als eine dos, weil diese bey der Nichtigkeit der Ehe nicht denkbar ist, noch als eine Schuld, weil keine Condiction Statt findet, wenn nicht das Eigenthum der zu condicirenden Sache auf den Empfänger derselben übergegangen ist [16]. Nur ihr gewesener Herr, wenn er ihr das Peculium bey der Manumission nicht gelaßen hat, konnte allein das Geld vindiciren, weil ihm sein Recht verblieb, sofern ihm nicht etwa von Seiten des Mannes eine Usucapion entgegengesetzt werden konnte. Diese konnte nun dem Mann allerdings zu statten kommen, zwar

15) Aus diesem Grund sagt daher Marcellus *L.* 59. §. 2. *D. h. t.* mit Recht: Si manumissa nupserit, ita demum dos erit, si ea mente dedisti, *ut quandoque secutis nuptiis dos esset.*

16) In den *Basilic.* Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 1. Const. 63. pag. 524. heist es: Ὅθεν οὔτε γινομένου διαζυγίου ἀπαιτεῖ αὐτὰ, ἢ ὡς προικιμιαῖα, ἢ ὡς τυχὸν χρεωστούμενα, ἀλλ' ὁ δεσπότης αὐτῶν ἐκδικεῖ αὐτά. i. e. *Itaque nec facto divortio eam repetit, vel tanquam dotalem, vel tanquam debitam, sed dominus eius eam vindicat.*

nicht pro dote, aber pro suo. Denn er war in bona fide. Er hielt die Person, mit der er die Ehe schloß, für eine freye Römerin. Diese hatte auch die Absicht durch die Uebergabe das Eigenthum des Geldes ihrem vermeindlichen Manne zu übertragen. Es war die datio dotis nomine, und also ob causam geschehen. Der Besitz des Mannes war ohne vitium, und auf die Meinung eines rechtsgültigen Titels gegründet. Alle Erfordernisse einer usucapio pro suo waren also vorhanden [17]. Sie war auch vollendet, ehe noch die Manumission erfolgte, und hierdurch die Ehe convalescirte. Da aber keine dos im rechtlichen Sinne vorhanden war, so hatte der Mann auch nicht für die Frau, sondern für sich usucapirt. Denn die Frau konnte kein Recht daran erwerben, weil sie während der Usucapion Sklavin war [18]. Sie konnte daher auch im Falle der getrennten Ehe nichts zurückfordern. Der Mann lucrirte also das ihm dotis nomine gegebene Geld unwiderruflich. Wäre die Ehe vor der Vollendung der Usucapion durch Manumission der Frau gültig geworden, so würde auch eine usucapio pro dote zu Gunsten der Frau Statt gefunden haben, weil ihr die accessio temporis, während deßen der Mann die Sache bereits als dos besessen, zu statten gekommen wäre [19].

17) *L. ult.* §. 1. *D. pro suo.* *L.* 11. *D. pro emtore.* Man vergleiche hier das weitläuftige Scholion des griechischen Interpres in den *Basilicis* Tom. IV. pag. 612. und Unterholzner a. a. O. §. 30. Not. e. S. 223.

18) Man sehe besonders *B.* Branchu Observation. ad ius Rom. Dec. II. Cap. 19. pag. 208 — 220. und Pothier Pand. Iustinian. Tom. II. Lib. XXIII. Tit. 3. Nr. 53. not. m. pag. 28.

19) *L.* 13. §. 6. *D. de acquir. vel amitt. possess.* In dote

Zuweilen wird die blosse Bestimmung einer Sache zur dos schon für eine datio dotis gehalten. Dahin gehört 1) der Fall, wenn ein Dritter die Sache besitzt, woran der Frau das Eigenthum zusteht, und jener sie unter solchen Umständen besitzt, daß er sie durch fortgesetzten Besitz verjähren kann. Hier dient die Cession der Eigenthumsklage statt der Uebergabe [20]. Es tritt hier die Regel ein, qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur [21]. 2) Wenn das Heyrathsgut venditionis causa geschätzt worden, und dasselbe durch blosen Zufall noch vor der Uebergabe zu Grunde ging. Hier ist und bleibt der Ehemann Schuldner der Kaufsumme eben so, als wenn ihm die Sache wäre tradirt worden [22]; so wie er in jenem Falle die Vindication der Sache auf seine Gefahr unterläßt.

Uebrigens hat es wohl keinen Zweifel, daß die Bestellung eines Brautschatzes unter den Lebenden eine Thatsache ist, welche im Zweifel um so weniger vermuthet werden kann, da sie mit einer Uebertragung des Eigenthums verbunden ist [23]. Die Einbringung eines Brautschatzes

quoque, si data res fuerit, vel ex dote recepta, accessio dabitur, vel marito, vel uxori. Der griechische Scholiast in *Basilic.* Tom. IV. pag. 661. sagt: τότε δὲ ἄρχεται γίνεσθαι προῖξ, ὅταν μετὰ τὸ συστῆναι τὸν γάμον αὐτὰ οὐσουκαπίτευσεν, i. e. *Tunc autem incipit dos fieri, si postquam matrimonium constiterit, eam usuceperit.*

20) *L.* 16. *D. de fundo dotali.* S. VINNIUS Commentar. ad §. 40. I. de Rer. divis. nr. 3.

21) *L.* 15. *D. de regulis iuris.*

22) *L.* 14. *et* 15. *D. h. t.*

23) *L.* 11. *D. de div. Reg. iur.*

erfordert daher immer von Seiten deßen, der sie für sich behauptet, einen Beweis, wenn sie geläugnet wird [24]. Mit Recht sagt daher **Ulpian** *libro* 31. *ad Sabinum* [25]): *Dotis* autem *causa data*, accipere debemus ea, *quae in dotem dantur*. Ob aber die Absicht, ein Heyrathsgut zu bestellen, immer **ausdrücklich** erklärt werden müße, oder ob nicht auch diese Absicht **stillschweigend** erklärt, und aus concludenten Handlungen gefolgert werden dürfe, ist eine sehr streitige Rechtsfrage. Mehrere [26]) behaupten, daß zwar die **Erneuerung** eines bereits vorhandenen und vorhin festgesetzten Heyrathsguts, aber nicht die erste Constitution eines Brautschatzes stillschweigend geschehen könne. Jenes sey in den Gesetzen [27]) klar entschieden, von einer stillschweigenden Constitution der dos hingegen sey nirgends in den Gesetzen die Rede. Andere [28]) hingegen geben zwar zu, daß im Zweifel die

24) *L.* 9. *Cod. de Rei vindicat.* Von dieser Beweisführung siehe unten §. 1278.

25) *L.* 9. §. 2. *D. h. t.*

26) Voet Commentar. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 5. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. P. II. h. t. §. 17. in fin. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 10. Walch Introd. in controv. iur. civ. Sect. I. Cap. II. Membr. I. §. 24. pag. 80. (edit. *quart.* a *Car. Ern.* Schmid curat. *Ienae* 1810. 8.) F. A. Freih. **von Ende** vermischte jurist. Abhandlungen. 1. Th. (Celle 1802. 4.) Nr. XIII. S. 112 — 122. **Dabelow** Handbuch des Pandektenrechts. 3. Th. §. 276. S. 412. f. u. a. m.

27) *L.* 30. *L.* 31. *L.* 64. *D. h. t.*

28) Schilter Prax. iuris Rom. Exercit. XXXVI. §. 80. sq. *Jo. Henr.* Berger Diss. de discrimine bonorum uxoris. *Vitemb.* 1709. §. 6. sqq. a Leyser Medit. ad

Absicht, eine Sache zur dos zu machen, nicht vermuthet werden könne; glauben aber doch eine Ausnahme wenigstens in Rücksicht dessen machen zu müßen, was die Frau gleich bey Eingehung der Ehe dem Manne zubringt. Dieses sey ohne Zweifel für ein Heyrathsgut zu halten. Es giebt ferner Rechtsgelehrten [29]), welche zwar nicht läugnen, daß die Bestellung eines Brautschatzes auch stillschweigend geschehen könne, allein das bloße Einbringen von Sachen, es sey gleich anfangs bey Eingehung der Ehe, oder erst nachher und während derselben geschehen, begründe an sich noch keine Vermuthung für die Dotalqualität derselben. Endlich verdient noch die Meinung derjenigen [30]) hier angeführt zu werden, welche ohne Unterschied als Regel annehmen, daß man im Zweifel alles Vermögen, was die Frau dem Manne zubringt, und ihm verwalten und benutzen läßt, für ein solches

Pand. Specim. CCCII. medit. 4. 5. a Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 206. §. 14. Schweppe röm. Privatrecht. §. 677.

29) S. Thibaut System des Pandectenrechts. 1. B. §. 440. und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 6. B. Erört. LXXVI. S. 321.

30) Mevius Decision. Tom. II. P. VI. Decis. LXVI. nr. 2. *Christ. Frid. Ge.* Meister Diss. de bonis uxoris ex Rom. iuris praesumtione non paraphernalibus, sed dotalibus. *Goett.* 1769. *Lud. God.* Madihn Princip. iuris Rom. P. III. §. 387. in fin. Hofacker Princip. iur. civ. T. I. §. 431. Höpfner Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 130. Nr. 4. *Io. Ern. Iust.* Müller Observation. pract. ad *Leyserum*. Tom. III. Fasc. I. Observ. 532. Ad. Diet. Weber Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1239. S. 153. u. a.

halten müsse, welches die Frau dem Manne in der Absicht überlassen habe, um die Lasten der Ehe davon zu bestreiten.

Unter diesen verschiedenen Meinungen bin ich sehr geneigt, der letztern vor allen übrigen den Vorzug einzuräumen. Nach dem römischen Recht scheint sie mir keinem Zweifel unterworfen zu seyn. Schon in der Geschichte der Organisation des ehelichen Verhältnißes, in welche die Römer die dos, als einen wesentlichen Bestandtheil, hineinzogen, scheint diese Meinung einen überwiegenden Grund zu finden. Wie sehr bey den Römern dem Staate selbst daran gelegen war, die Ehen auf alle mögliche Art zu befördern, beweist die *Lex Iulia et Papia Poppaea de maritandis ordinibus*, mit ihren Belohnungen und Strafen, welche daher Terentius Clemens *libro V. ad Legem Iuliam et Papiam* [31]) eine legem Reipublicae utilem, sobolis scilicet procreandae causa latam, nennt. Die dos betrachtete man nun als ein ganz vorzügliches Beförderungsmittel der Ehen. Man hielt es daher für eine Bestimmung und Einrichtung der Staatsverfaßung, des ius publicum, daß nicht nur eine dos constituirt werde, welches man zunächst dem Vater und väterlichen Ascendenten zur Pflicht machte, sondern auch daß die dos soviel möglich für ihren Zweck erhalten werde [32]). Folgende Gesetzstellen laßen hierüber gar keinen Zweifel übrig.

31) *L. 64. D. de condit. et demonstrat.*

32) S. G. Chr. Burchardi Grundzüge des Rechtssystems der Römer §. 25. S. 145. ff. S. auch den 24. Th. dieses Commentars §. 1229. S. 435.

L. 2. D. de iure dotium. Paulus *libro LX. ad Edictum.* Reipublicae interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt.

L. 1. D. Soluto matrimonio. Pomponius *libro XV. ad Sabinum.* Dotium causa semper et ubique praecipua est: nam et publice interest, dotes mulieribus conservari, *cum dotatas esse feminas ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium.*

In dieser Beziehung sagt auch Paulus Lib. I. *Sententiar. Receptar.* Tit. 1. de pactis et conventionibus [33]): *Functio dotis* pacto mutari non potest: *quia privata conventio iuri publico nihil derogat*; und Cujaz [34]) bemerkt ganz richtig, daß diese functio dotis theils auf die Bestellung des Heyrathsguts gehe, damit die Lasten der Ehe davon bestritten werden können, theils auf die Erhaltung der dos, damit sie nach getrennter Ehe zurückgegeben werden könne. Beydes hat seine bestimmten Gesetze, welche durch Privatverträge nicht abgeändert werden können. Daher sind diese gesetzlichen Bestimmungen iuris publici, und Eheverträge sind ungültig, wodurch entweder dem Manne die ihm während der Ehe zustehenden Dotalrechte entzogen werden, oder die Frau bey ihrem Leben ihr Heyrathsgut verliert [35]). Es liegt also schon in der Organisation des ehelichen Verhältnisses, daß dasjenige, was die Frau in die Ehe bringt, und dem Mann zu seiner Verfügung und

33) In *Ant.* Schulting Iurispr. vet. Antejust. pag. 220.

34) Bey Schulting c. l. Not. 15.

35) *L. 4. L. 12. §. 1. L. 16. D. de pactis dotalib.*

Benutzung überläßt, demselben in keiner andern Absicht überlassen worden sey, als um die Lasten der Ehe davon zu bestreiten. Denn ibi dos esse debet, sagt Paulus *libro* 6. *ad Plautium* [36]), ubi onera matrimonii sunt. Man könnte zwar einwenden, eine Ehe könne auch ohne dos bestehen, wie auch wirklich die Gesetze [37]) selbst sagen. Jene Gesetzstellen, welche von der Nothwendigkeit einer dos zum Heyrathen sprechen, seyen also nicht sowohl auf das ius zu beziehen, sondern sie sprächen vielmehr blos die gemeine Sitte und Denkungsart der Menschen aus, weil eine Frauensperson ohne ein Heyrathsgut nicht leicht einen Mann finden werde, wie unter andern auch Donellus [38]) diese Gesetzstellen versteht. Allein mögen auch die angeführten Gesetzstellen diese Deutung haben, so ist gerade diese gemeine Denkungsart und Sitte beym Heyrathen ein vorzügliches Argument, zur Begründung der stillschweigenden Intention der Ehegatten, daß das in die Ehe gebrachte und dem Mann überlaßene Vermögen Heyrathsgut seyn solle. Dieß wird sich aber noch mehr aus der Geschichte von der Entstehung der dos ergeben. Ursprünglich, solange die Ehen bey den Römern durch die in manum conventio geschlossen wurden, gieng das ganze Vermögen, welches die Frau in die Ehe brachte, auf den Mann über, und wurde als dos betrachtet. Noch Cicero [39]) sagt von seinen Zeiten: Cum

36) *L.* 56. §. 1. *D. de iure dot.* S. *Abr.* Wieling Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 23. §. Ceterum. pag. 203 sq.

37) *L. ult. C. de donat. ante nupt. L.* 22. *C. de nupt. L.* 11. *pr. Cod. de repudiis.*

38) Commentar. iur. civ. Lib. XIII. Cap. 20. §. Quid dos.

39) *Topic. cap. VI.* Was Cicero hier sagt, stammt weder aus den Gesetzen der zwölf Tafeln, welchen es

mulier *in manum convenit*, omnia, quae eius erant, viri fiunt *dotis nomine*. Denn bey dieser ehemaligen strengen Ehe der Römer, wo die Frau wie eine filia familias behandelt wurde, konnte sie so wenig, wie die Kinder, etwas Eigenes haben. Ihr ganzes Vermögen wurde also dos, so wie auch alles, was die Frau während der Ehe erwarb, an den Mann fiel [40]. Bey der strengen Ehe war also ein Unterschied des Vermögens einer Ehefrau gar nicht denkbar. Zwar mochte wohl zuweilen ein guter Mann seiner Frau aus Liebe und ehelicher Zuneigung erlaubt haben, von ihrem Vermögen Etwas für sich zu ihrer eigenen Disposition zu behalten. Ein solches Vermögen der Frau, was sie von dem Vermögen des Mannes abgesondert besaß, hieß dann, wie bey den Kindern, peculium [41]. Hierauf bezieht sich, was Plautus [42] seiner Myrrhina in folgenden Versen sagen läßt:

Ita est, unde ea tibi est?
Nam PECULII *probam nihil habere addecet*
Clam virum.

Leyser a. a. O. zueignet, noch aus einem Gesetz des Romulus ab, wie von Ende a. a. O. behauptet. Weder in den Gesetzen der Könige, noch der zwölf Tafeln kommt die dos vor. S. *Abr.* Wieling Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 23. pag. 202. und Heinr. Ed. Dirksen Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts. (Leipzig 1823.) 6. Abh. S. 293 ff.

40) Gajus *Instit. Lib. II.* §. 68. Ulpian. *Fragm.* Tit. XIX. §. 18 et 19.

41) S. *Christ.* Rau Historia iuris civ. de peculiis. (*Lipsiae* 1770.) §. 5.

42) *Casina Act. II. Sc. II.* v. 25 — 27.

Allein auch dieses Peculium gehörte dem Manne, und er konnte es, wie das peculium profectitium bey den Kindern, nach Gefallen zurückfordern, wie aus den darauf folgenden Worten bey Plautus [43]) erhellet:

Hoc viri censeo esse omne, quicquid tuum est.

Indem man also das ganze Vermögen der Frau als eine dos betrachtete, war nicht schon gleich anfangs die dos als Bestandtheil in die Organisation des ehelichen Verhältnißes auf das genaueste verflochten? Bey der laxen oder freien Ehe, die nachher, nachdem die durch in manum conventio ganz außer Gebrauch gekommen war, die einzige im justinianeischen Rechte blieb, behielt zwar die Frau ihr Vermögen für sich, und bestellte nur dem Mann zur Bestreitung der Ehelasten eine dos, das übrige Vermögen blieb freies Eigenthum der Frau, woran sich der Mann gegen ihren Willen keine Rechte zueignen konnte. Nun erst entstanden bona, quae extra dotem mulier habebat, und diese benannte man mit einem griechischen Namen *parapherna*, *παραφερνα* [44]). Allein weder die Nothwendigkeit der dos, wodurch sich nun, wie Plautus [45]) sagt, die Ehe vorzüglich vom Concubinate unterschied, noch die Art, wie parapherna entstanden, konnte einer Vermuthung für die letzten Raum geben. Denn

43) Cit. loc. v. 29. S. auch Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. S. 114.

44) *L.* 9. §. 3. *D. h. t. L.* 8. *L.* 11. *Cod. de pactis conventis.*

45) In *Trinummo* Act. III. Sc. II. v. 64. und *Aulular.* Act. II. Sc. II. v. 14 et 15. S. *Jac.* Perizonius Dissertation. Triad. ex recens. Heineccii *Halae* 1722. 4. Diss. II. pag. 88.

diese paraphernа entstanden ursprünglich so, daß sich die Frau bey der Bestellung der dos einen Theil ihrer Güter zur freien Disposition vorbehielt. Daher hießen solche Güter bona *receptitia*. Dieses bestätiget folgende Stelle des Gellius [46]: Quando mulier dotem marito dabat, tum quae ex suis bonis retinebat, neque ad virum transmittebat, ea *recipere* dicebatur: sicuti nunc quoque in venditionibus *recipi* dicuntur, quae *excipiuntur*, neque veneunt. — Ex ea igitur re familiari, quam sibi dote data retinuit, pecuniam viro mutuam dat: eam pecuniam quum viro forte irata repetere instituit, apponit flagitatorem *servum receptitium*, hoc est, proprium servum suum, quem cum pecunia reliqua receperat, neque dederat doti, sed retinuerat. Es waren also die *bona receptitia* nichts anders, als bona ab uxore in dotis datione retenta, et a dote excepta, also bona extra dotem, mithin *parapherna*. Solche Güter ließen sich also anders nicht denken, als wenn eine dos war bestellt worden. Wie konnte also die Vermuthung für sie streiten? Wird denn nicht eher die Regel, als die Ausnahme präsumirt? Man wird sich aber davon noch lebhafter aus einer Stelle Ulpians überzeugen, welcher *libro XXXI. ad Sabinum* [47]) sagt: Ceterum *si* res dentur in ea, quae Graeci παράφερνα [48]) dicunt, quaeque Galli

46) *Noct. Atticar.* Lib. XVII. Cap. 6.

47) *L.* 9. §. 3. *D. h. t.*

48) In den *Basilic.* Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 1. Const. 5. §. 2. pag. 508. werden sie τὰ ἐξώπροικα genennt, i. e. *quae* EXTRA DOTEM *in domum mariti illata sunt.*

peculium[49]) appellant, videamus, an statim efficiuntur[50]) mariti? Et putem[51]), si sic dentur, ut fiant[52]); effici mariti: et cum distractum fuerit matrimonium, non vindicari oportet, sed condici, nec dotis actione peti, ut *Divus Marcus* et *Imperator noster* cum patre rescripserunt. Plane, si rerum libellus marito detur, ut Romae vulgo fieri videmus: nam mulier res, quas solet in usu habere in domo mariti, neque in dotem dat, in libellum solet conferre, eumque libellum marito offere, ut is subscribat, quasi res acceperit: et velut chirographum eius uxor retinet, res, quae libello continentur, in domum eius se intulisse: hae igitur res an mariti fiant, videamus: et non puto: non quod non ei traduntur[53]); quid enim interest, inferantur volente eo in domum eius, an ei tradantur? Sed quia non puto hoc agi inter virum et uxorem, ut dominium ad eum

49) Die Galli, deren Ulpian hier gedenkt, sind diejenigen, welche die Römer *Cisalpini* nannten. Diese sprachen lateinisch, nahmen aber die lateinischen Ausdrücke oft in einer ganz andern Bedeutung, als die Römer, wie *Aeg.* Menagius Amoenitat. iuris civ. Cap. 3. bemerkt hat. Die Richtigkeit der Lesart Galli, welche einige für verdächtig halten wollen, bestätigen übrigens die *Basilica* Tom. IV. pag. 509. Man sehe Gebauers Note in der Göttinger Ausgabe des Corp. iur. zu dieser Gesetzstelle.

50) *Cod Erl.* efficiantur.

51) *C. E.* puto.

52) *C. E.* ut *eius* fiant.

53) *C. E.* non quod ei non tradantur.

transferatur, sed magis, ut certum sit in domum eius illata, ne si quandoque separatio fiat, negetur: et plerumque [54]) custodiam earum maritus repromittit, nisi mulieri commissae sint. Videbimus [55]) harum rerum nomine, si non reddantur, utrum rerum amotarum, an depositi, an mandati mulier agere possit? Et si custodia marito committitur, depositi, vel mandati agi poterit: si minus, agetur rerum amotarum, si animo amoventis [56]) maritus eas retineat: aut ad exhibendum, si non amovere eas connisus est. Ulpian unterscheidet hier die paraphernа ausdrücklich von denjenigen Gütern einer Ehefrau, welche zum Brautschatz gegeben worden sind. Von diesen sprach er in dem vorhergehenden §. 2. Unbegreiflich ist es daher, wie man sich hat auf diese Stelle berufen mögen, um daraus zu beweisen, wie wenig das bloße Einbringen von Sachen in das Haus des Mannes hinreiche, sie zum Brautschatz zu machen [57]). Es wird hier vielmehr die Frage entschieden, ob der Mann auch von dem übrigen Vermögen der Frau, welches sie, außer ihrem Heirathsgute, in die Ehe bringt, Eigenthümer werde? Bey der dos konnte

54) *C. E.* et *quia* plerumque.

55) *C. E.* Videamus.

56) Haloander und Miräus haben animo amovendi. Allein daß die florentinische Lesart animo amoventis, mit welcher auch unser Cod. Pand. Erl. übereinstimmt, die richtigere sey, bestätigt der griechische Scholiast in den *Basilic.* Tom. IV. pag. 558. welcher diese Worte ἀποκινοῦντος ψυχῇ übersetzt hat.

57) Man sehe von Ende angeführte jurist. Abhandlgg. a. a. O. §. 4. S. 117.

diese Frage nicht entstehen, weil dabey allemal Uebertragung des Eigenthums vermuthet wird, sogar wenn die dos noch vor der Ehe dem Bräutigam übergeben wird [58]). Ulpian entscheidet die aufgeworfene Frage verneinend, und zwar aus dem Grunde, weil diese Güter dem Mann nicht, wie die dos, in der Absicht übergeben werden, um ihm das Eigenthum derselben zu übertragen, sondern gewöhnlich nur um sie zu verwahren, oder zu verwalten. Deswegen sey es gewöhnlich, ein Verzeichniß davon dem Mann zu übergeben, welches er unterschreibe. Dieses Verzeichniß behalte sodann die Frau als eine Handschrift, welche ihr im Falle künftiger Trennung der Ehe zum Beweise dessen dienen könne, was sie noch, außer dem Heyrathsgute, dem Mann zugebracht habe. Sollte sie dem Manne das Eigenthum an diesen Gütern überlassen haben, so könne sie solche nach getrennter Ehe nicht vindiciren, sondern nur mit einer Condiction [59]) zurückfordern. Sonst hat nach dem Unterschiede der angeführten Fälle die actio depositi, oder mandati, oder rerum amotarum, oder die actio ad exhibendum Statt. Es erhellet demnach aus dieser Gesetzstelle deutlich, daß die parapherna immer auf einer besondern Uebereinkunft beruhen, und daher nie präsumirt werden können [60]), wie auch der griechische Scholiast Cyrillus [61]) sagt: Τὰ [illegible]

58) L. 9. D. h. t.

59) Der griechische Scholiast in den *Basilic.* Tom. IV. pag. 557 nennet die condictio sine causa.

60) S. *Christoph. Lud.* Crell Diss. de bonis receptitiis uxori testamento paterno constitutis. (*Vitemb.* 1737.) §. 3.

61) *Basilic.* Tom. IV. pag. 558.

παράφερνα, ἐὰν τοῦτο δόξῃ, τοῦ ἀνδρὸς γίνονται, i. e. *Parapherna ex pacto convento mariti fiunt.*

Auf dem Grundsatz der stillschweigenden Bestellung einer Brautgabe beruht nun unstreitig auch der Ausspruch des Javolenus[62], daß wenn eine geschiedene Frau sich wieder verheyrathet hat, allein nach Trennung dieser zweyten Ehe wieder zu ihrem ersteren Mann zurückkehrt, die dos stillschweigend erneuert werde. Eben so rescribirte der Kaiser Severus bey Ulpian *libro XXXIV. ad Edictum*[63]: Divus Severus, sagt er, rescripsit Pontio Lucriano in haec verba: *Si mulier, quae dotem dederat, post divortium rursus in matrimonium redit, non revocatis instrumentis: non dubitabit is, apud quem res agetur, secundum voluntatem mulieris, quae utique non indotata redire in matrimonium voluit, partibus suis fungi, quasi renovata dote.* Da die Ehe hier ohne Zweifel als eine neue gilt, wenn zumal die Ehefrau nach der Scheidung mit einem zweyten Manne in der Ehe gelebt hatte; wie könnte, wenn es wahr wäre, daß keine dos stillschweigend bestellet werde, hier auch die dos stillschweigend erneuert werden? Ist nicht die Erneuerung der dos eine neue Bestellung derselben? Daß aber auch diese nach der Absicht derjenigen, welche die Ehe mit einander erneuern, stillschweigend anzunehmen sey, lehrt uns Paulus, wenn er *libro XII. ad*

62) *L. 64. D. de iure dot. (libr. IV. ex Cassio)* Post divortium mulier, si de dote maritus nihil cavit, *et cum alii nupsisset,* postea ad priorem virum rediit, *tacite dos ei redintegratur.*

63) *L. 40. D. h. t.*

Sabinum[64]) sagt: Dotem, quae in prius matrimonium data est, non aliter converti in posterius matrimonium dicendum est, quam cum hoc agitur: *dum hoc agi semper interpretemur*, nisi probetur aliud convenisse. Die Regel, daß nach der Absicht derjenigen, welche die Ehe mit einander erneuern, auch immer eine stillschweigende Erneuerung der dos anzunehmen sey, leidet nur in dem Falle eine Ausnahme, wenn der Brautschatz von einem Extraneus gegeben worden ist, der sich die Rückgabe ausbedungen hat. Denn hier müßte die dos aufs neue mit desselben Einwilligung bestellt werden, wie Modestin *libro singulari de Euremáticis*[65]) lehrt. Stipulatio de dote reddenda *ab extraneo* interposita, facto divortio statim committitur: nec redintegrato matrimonio actio stipulatori quaesita intercidit. *Denuo igitur consentiente stipulatore dos constituenda est*, ne sequenti matrimonio mulier indotata sit. Man will zwar dagegen einwenden, Erneuerung eines bereits vorhandenen und vorhin festgesetzten Heyrathsguts sey von der stillschweigenden Bestellung eines Brautschatzes sehr verschieden. Die Gründe, welche die Erneuerung bewirken, paßten nicht auf die Constitution. Denn die Heyrath der geschiedenen Gatten werde nicht, wie eine neue Ehe, sondern als eine Fortsetzung der vorherigen betrachtet[66]). Allein man befindet sich hier in einem augenscheinlichen Irrthume.

64) *L.* 30. *D. eodem.*

65) 63. *D. h. t.* Man vergleiche über diese Gesetzstelle *Henr.* Brenkmann Diatr. de Euremáticis. Cap. IV. pag. 59. sqq.

66) S. von Ende angef. Abhandl. S. 117.

Die römischen Gesetze machen einen sehr genauen Unterschied zwischen einer uneigentlichen Ehescheidung, welche sie *iurgium* 67), oder *fribusculum* 68), richtiger *frigusculum* 69) nennen, und einem eigentlichen *divortium*. Bey jener wurde freylich die Ehe als nie aufgelößt betrachtet, wenn hier zwar der Scheidebrief geschickt war, aber die getrennten Gatten bald nachher wieder zurückkehrten, und die Ehe mit einander fortsetzten. Denn dieses baldige Zurückkehren bewies, daß es ihnen mit der in der ersten Erbitterung und Aufwallung des Zorns vorgenommenen Trennung kein rechter Ernst gewesen sey. Sehr richtig sagt daher Paulus *libro XXXV. ad Edictum* 70): Divortium non est, nisi verum, quod *animo perpetuam constituendi dissensionem* fit. Itaque quidquid in calore iracundiae vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, iudicium animi fuisse: *ideoque per calorem misso repudio, si brevi reversa uxor est, nec divortisse videtur*. Hier traten also allerdings bey Fortsetzung der Ehe alle durch die temporäre Trennung blos suspendirten Verhältnisse wieder ein, und die einmal constituirte dos blieb, so wie die Ehe, eben dieselbe.

67) *L. 31. D. h. t. L. 27. D. de pact. dotal.*

68) *L. 32. §. 12. D. de donat. inter vir. et uxor.*

69) S. Heineccius ad Brisson. de Verb. iur. Significat. voc. *fribusculum*. Cod. Erl. hat *friuasculum*. Man s. Brenkmanns Note in der Gebauer. Ausgabe pag. 419. und *Ant.* Schulting Not. ad Dig. Tom. IV. ad h. L. 32. pag. 307.

70) *L. 3. D. de divort.*

welche sie vorher war[71]). Dieß ist es, was auch Papinian bestätiget, wenn er *libro IV. Responsorum*[72]) sagt: Quod si non divortium, sed *iurgium* fuit: dos *eiusdem matrimonii* manebit. Mit ihm stimmt auch Marcellus überein, welcher *libro III. ad Legem Juliam et Papiam*[73]) sagt: Plerique opinantur, cum eadem mulier ad eundem virum revertatur, id matrimonium *idem* esse: quibus adsentior, si non multo tempore interposito reconciliati fuerint: nec inter moras aut illa alii nupserit, aut hic aliam duxerit: maxime si nec dotem vir reddiderit. Ganz anders aber verhält sich die Sache bey einem wahren divortium, wenn aus der langen Dauer der Trennung der Ehegatten, oder aus einer unterdessen von einem derselben geschloßenen neuen Ehe die wahre Absicht einer immerwährenden Scheidung hervorleuchtete[74]). Haben in diesem Falle die vorigen Ehegatten die Ehe wieder unter sich erneuert, so ist diese Ehe nun unstreitig als eine neue anzusehen; dennoch soll die dos der frühern

71) S. PÜTTMANN Adversarior. iuris univ. lib. II. Cap. 11. pag. 171. sqq.

72) *L.* 31. *D. h. t.* S. *Jac.* CUJACII Comment. in libr. IV. Responsor. Papiniani ad h. L. in *Oper. a* FABROTO *editor.* Tom. I. pag. 156. sq.

73) *L.* 33. *D. de ritu nuptiar.*

74) *L.* 64. *D. de donation. inter vir. et uxorem.* Sed verum est, quod *Proculus* et *Caecilius* putant, tunc verum esse divortium, et si aliae nuptiae insecutae sunt, aut tam longo tempore *vidua* fuisset, ut dubium non foret, alterum esse matrimonium. Das Wort *vidua* wird hier in der weitern Bedeutung genommen, welche *L.* 242. §. 3. *D. de Verb. Sign.* erklärt.

Ehe auch für diese neue gelten, und als stillschweigend redintegrirt angesehen werden [75]). Wäre freylich das Heyrathsgut bey der Scheidung zurückgegeben worden, so müßte es zwar von neuen eingebracht werden. Allein schon dieses Einbringen gilt als eine neue Bestellung oder Erneuerung der vorigen dos, *quia mulier utique non indotata redire in matrimonium voluit*, wie dieser Grund selbst in den oben vorgekommenen Gesetzstellen [76]) angeführt wird. Und da in jedem Falle einer Ehefrau, so wie dem Manne daran gelegen seyn muß, ne *indotata* in matrimonium veniat; denn warum sollte es ihr denn nur daran liegen, ut non indotata redeat in matrimonium? so läßt sich gewiß mit Grund annehmen, daß die Frau dasjenige, was sie ihrem Mann inferirt, so weit sie sich nicht selbst die Disposition darüber vorbehalten hat, demselben als eine dos habe überlassen wollen. Darin sind ohnehin schon die meisten Rechtsgelehrten [77]) einverstanden, daß von Sachen, welche in der ersten Ehe Bräutschatz waren, auch in der zweyten dieselbe Eigenschaft vermuthet werde, wenn auch die zweyte Ehe mit einem andern Manne eingegangen worden ist. Allein auch ohne eine vorhergegangene Ehe ist immer die stillschweigende

75) G. Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. S. 183.

76) *L.* 40. *L.* 63. *D. h. t.*

77) *And.* Gaill Practicar. Observation. Lib. II. cap. 82. nr. 7. *Ant.* Fabri Cod. definition. forens. Lib. V. Tit. 7. Def. 18. in fin. et Def. 37. Tit. 8. Def. 24. *Conr.* Rittershusius Jur. Justinian. P. V. Cap. IV. nr. 9. *Ant.* Merenda Controversiar. iuris. Lib. XIII. Cap. 49. nr. 16. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 440.

Absicht anzunehmen, daß dasjenige Vermögen, was dem Manne von der Frau zugebracht und überlassen worden ist, wenn keine andere Absicht, oder kein besonderer Vorbehalt erhellet, sondern der Mann über dasselbe, wie über sein Eigenthum disponirt, und davon die Lasten der Ehe bestreitet, als Heyrathsgut inferirt worden sey. Daß die Einbringung des Brautschatzes eine Thatsache sey, welche nicht vermuthet werde, sondern eines Beweises bedürfe, ist allerdings wahr, und den Gesetzen gemäß[78]. Allein dieser Beweis betrifft ja blos das Factum der Einbringung. Die Frau muß beweisen, daß sie Güter in die Ehe gebracht, und dem Manne den Besitz derselben überlassen habe; ja dieser Beweis liegt ihr um so mehr ob, da sonst nach rechtlicher Vermuthung alles in der Ehe vorhandene Vermögen für das Eigenthum des Mannes gehalten wird[79]. Dieß schließt ja aber die stillschweigende Absicht derselben, daß dieses Vermögen dem Manne als Heyrathsgut überlassen worden, nicht aus, und noch weniger wird dadurch eine Vermuthung für die Paraphernalqualität desselben begründet. Die Bestellung einer dos soll zwar eine Art der Alienation seyn, welche nicht vermuthet werde, und zwar ist dieses die Hauptstütze für die Meinung derjenigen, welche der Vermuthung für die Paraphernalqualität der Güter einer Ehefrau den Vorzug geben[80]; allein wie schwach diese Stütze sey, lehrt uns

78) *L.* 9. *Cod. de rei vindicat.* Doce ancillam, de qua supplicas, dotalem fuisse, in notione Praesidis, quo patefacto etc.

79) *L.* 51. *D. de donat. inter vir. et uxor. L.* 6. *Cod. eodem.*

80) *L.* 8. *D. de iure dot.*

Callistratus *libro 2. Quaestionum* [81]). Wäre eine Alienation, das heißt doch wohl hier, wo von der Bestellung einer dos die Rede ist, gewiß nichts anders, als Uebertragung des Eigenthums; in keinem Falle zu präsumiren, wie könnte denn Callistratus sagen, wenn die Braut schon vor der Ehe dem Bräutigam giebt, was sie zur dos bestimmt hat, so sey im Zweifel anzunehmen, sie habe ihm sogleich das Eigenthum daran überlassen wollen, wenn sie nicht ausdrücklich das Gegentheil erklärt hat? Sed nisi hoc evidenter actum fuerit, (sc. ut res, *secutis demum nuptiis*, sponsi fiant) credendum est, sagt Callistratus, *hoc agi, ut statim res sponsi fiant:* et nisi nuptiae secutae fuerint, reddantur. Müßte nicht vielmehr nach der beliebten Regel; *Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur* [82]), welche die Vertheidiger der Paraphernen auch hier gut zu benutzen gewußt haben, die ganz entgegengesetzte Vermuthung eintreten: scil. id agi, ut res tunc sponsi efficiantur, *cum nuptiae fuerint secutae:* weil dieses der Braut, wenn die Ehe nicht erfolgt, weniger nachtheilig ist. Denn das soll ja die Bedeutung von *minimum* hier seyn, nämlich quod minimum adfert praeiudicii. Die letzte Vermuthung wäre nun offenbar der Braut vortheilhafter, weil sie dann, wenn die Ehe nicht erfolgt, die Sachen vindiciren, nach der ersten gesetzlichen Vermuthung aber sich nur einer condictio bedienen kann, wie Ulpian diesen Unter-

81) Man sehe *Ferd. Max.* Stark Diss. de bonis uxoris ex iuris Rom. praesumtione non dotalibus, sed paraphernalibus. *Goett.* 1798. §. 12.

82) *L.* 9. *D. de div. regulis iuris.*

schied selbst *L. 7. §. ult. D. h. t.* bemerkt hat. Da hier ferner von keinem vorhergegangenen Versprechen einer Brautgabe die Rede seyn kann, wenn die Frage davon ist, was im Zweifel anzunehmen sey, wenn die Frau das in die Ehe gebrachte Vermögen ganz oder zum Theil ihrem Manne, ohne weitere besondere Verabredung oder Vorbehalt überlassen, und dieser die ehelichen Lasten daraus bestritten hat; so urtheile man nun selbst, was von dem Argument zu halten sey, wodurch man die Paraphernaleigenschaft eines solchen Vermögens zu beweisen sucht, wenn man sagt, die Constitution eines Brautschatzes sey ein Contract, denn sie sey bey den Römern durch Stipulation oder andere mit ihr gleichgeltende solenne Formeln vollzogen worden, und habe eine ordentliche Contractsklage, die actionem ex stipulatu, erzeugt; das Daseyn eines solchen Contracts aber lasse sich aus bloßen Vermuthungen nicht herleiten [83]). Denn daß die Bestellung einer dos auch ohne vorhergehendes Versprechen, eben so, wie eine Schenkung [84]), ipso facto durch die Uebergabe geschehen könne, ist schon oben vorgekommen [85]), und da sich eine dos überhaupt nur dann erst als wirksam denken läßt, wenn sie dem Mann übergeben worden ist [86]); so ist doch wohl gewiß bey einer solchen Uebergabe der Güter, welche von der Ehefrau beym Anfang der Ehe oder auch während derselben dem Manne ohne allen Vorbehalt geschieht, nichts so natürlich, als die stillschweigende Absicht der Bestellung einer Brautgabe, indem nach

83) S. von Ende a. a. O. §. 2. S. 114.

84) *L. 1. D. de donat.*

85) S. §. 40. *J. de rer. divis. L. 1. L. 13. C. de iure dot.*

86) S. den 24. Th. dieses Commentars §. 1229. S. 438.

dem Ausspruche des Paulus[87]): *ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt*, gewiß der Frau eben so, wie dem Manne, nichts so sehr am Herzen liegen muß, als das, wovon die Lasten der Ehe zu bestreiten sind. Wo nun aber das factum traditionis so, wie hier, ausser Zweifel ist, kann man dann wohl noch mit einigem Scheine unserer Meinung die Rechtsregel entgegensetzen: Id, quod nostrum est, *sine facto nostro* ad alium transferri non potest[88])? da überhaupt diese Regel, wie schon Cujaz[89]) bemerkt hat, nur dahin gehet, daß der bloße Wille ohne erfolgte Uebergabe zur Uebertragung des Eigenthums nicht genüge[90]). Will man aber auch die Bestellung einer Brautgabe zu den Verträgen rechnen, so ist zwar an sich richtig, daß ein Vertrag nicht vermuthet werde, aber doch auch nirgends verordnet, daß die Bestellung einer Brautgabe immer namentlich und ausdrücklich geschehen müsse. Warum sollte sie nicht, wie jeder andere Vertrag, auch mit stillschweigender Einwilligung der Ehegatten geschehen können[91])?

87) *L.* 56. §. 1. *D. de iure dot.*

88) *L.* 11. *D. de div. reg. iuris.*

89) Praelect. in Tit. Dig. de divers. reg. iuris. ad L. 11. cit.

90) *L.* 20. *Cod. de pactis.* S. Warnkönig's Bemerkungen über den Begriff der iusta causa bey der Tradition; im Archiv für die civilist. Praxis von C. von Löhr, Mittermaier und Thibaut 6. B. 1. H. Nro. IV. S. 111. ff.

91) S. *Henr. Th.* Pagenstecher Diss. de pactis tacitis. adj. Eiusdem Commentar. in Sexti Pomponii Icti ad Sabinum de re testament. libros IV. *Lemgov.* 1750. 4. pag. 141. sqq.

Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar

von
D. Christian Friedrich Glück
geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte
auf der Friedrich-Alexanders Universität
in Erlangen.

Fünf und zwanzigsten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1824.

Fortsetzung des Titels

De iure dotium.

§. 1238.

Fortsetzung der Frage, ob ein Brautschatz stillschweigend constituirt werden könne? Legatum dotis constituendae.

Man giebt ja selbst zu, daß es bey Festsetzung des Brautschatzes nicht nöthig sey, gerade den Ausdruck dos zu gebrauchen[92]. Dieß heißt doch wohl gewiß nichts anders,

92) So versteht Herr Oberappellat. Rath von Ende a. a. O. §. 8. die *L.* 23. *D. h. t.* wo Ulpian sagt: Quia autem in stipulatione non est necessaria dotis adjectio, etiam in datione tantundem ducimus. Leyser glaubte durch diese Stelle seine Meinung vorzüglich unterstützen zu können. Mit Recht wird aber dieser Grund §. 7. verworfen. Daß dieses freylich ein sehr schlechtes Argument sey, hat schon Meister in Diss. de bonis uxoris ex Rom. iuris praes. non paraphernal. sed dotalib. §. 9. gezeigt. Denn offenbar ist hier nicht von einer stillschweigenden Constitution der dos, sondern davon die Rede, daß bey der stipulatio dotis eben so wenig, wie bey der dotis datio, die adjectio conditionis: *si nuptiae fuerint secutae*, nöthig sey. Dieses erhellet

als daß es keiner namentlichen Erwähnung des Brautschatzes, oder der ausdrücklichen Erklärung bedürfe, daß

klar aus der Verbindung mit *L.* 21. *D. eodem*, welche eben so, wie die *L.* 23. aus Ulpians *libro* 35. *ad Sabinum* genommen ist. In dieser Stelle heißt es: Stipulationem, quae propter causam dotis fiat, constat habere in se conditionem hanc: *si nuptiae fuerint secutae*: et ita demum ex ea agi posse, quamvis non sit expressa conditio, *si nuptiae*, constat. Beyde Stellen standen in einem unmittelbaren Zusammenhange, und sind blos durch die eingeschobene Stelle aus Paulus von den Verfassern der Pandecten getrennt worden. Dieses bestätigen auch die *Basilica* Tom. IV. pag. 512. wodurch zugleich die Richtigkeit der Lesart *dationem* ausser Zweifel gesetzt wird. Denn die Griechen haben das Wort *παράδοσις* gebraucht. Hiermit fällt also die Vermuthung des Herrn Ober-App. R. von Ende a. a. O. §. 8. S. 120. daß *dationem* ursprünglich dictionem geheißen habe, und die Lesart von einem Abschreiber verdorben sey, hinweg. Noch mehr aber wird dieses durch die Paraphrase des griechischen Scholiasten bestärkt, welcher Sch. k. pag. 568. sagt: *ἐπειδὰν τοίνυν ἐν τῇ ἐπερωτήσει τῆς προικὸς ὀυκ ἀναγκεία ἐστι τῆς αἱρέσεως ἡ προσθήκη, τουτέστιν, οὐκ ἀνάγκη τὴν ἐπερωτηθεῖσαν οὕτως, ὁμολογῶ διδόναι χίλια νομίσματα, προστιθέναι τῇ ἐπερωτήσει καὶ λέγειν, ὁμολογῶ διδόναι χίλια νομίσματα ἐὰν, προβῶσιν οἱ γάμοι. καὶ ταύτης γὰρ ἐκτὸς τῆς προσθήκης σιωπηρὰν ἅιρεσιν ἡ ἐπερώτησις ἔχειν δοκεῖ. τὸ ἀυτὸ καὶ ἐπὶ τῶν δεδομένων πραγμάτων λόγῳ προικὸς ἐιναι φαμέν.* i. e. *Quoniam ergo* IN STIPULATIONE DOTIS *non est necessaria conditionis adjectio, hoc est, non est necesse sic promittenti: promitto dare mille nummos, stipulationi adiicere et dicere, promitto dare mille nummos,* SI NUPTIAE SECUTAE FUERINT. *Nam et*

das dem Mann übergebene Vermögen das Heyrathsgut der Frau seyn solle. Wenn man endlich der entgegengesetzten Meinung noch dadurch das Uebergewicht zu verschaffen sucht, daß man sagt, die Vermuthung für die Paraphernalqualität des eingebrachten Vermögens der Frau sey ihr weit vortheilhafter, als die praesumtio pro bonis dotalibus, weil der Mann mehr Recht an der dos, als an den Paraphernalien habe; so hat man nicht bedacht, daß die Frage, von welcher bisher die Rede war, nur hauptsächlich dann zur Sprache komme, wenn über das Vermögen des Mannes ein Concurs entsteht. Hier ist denn aber doch, dächte ich, der Frau die praesumtio pro bonis dotalibus gewiß ungleich vortheilhafter, als die pro pa-

citra hanc adjectionem tacitam conditionem videtur habere stipulatio. Idem quoque dicimus IN REBUS DOTIS NOMINE DATIS. Aus den Basiliken erscheint nun ganz klar, daß alle Schwierigkeit blos in der Versetzung des Worts dotis liegt, welches nicht zu adjectio, sondern zu den Worten in stipulatione gehört. Denn daß die Worte so restituirt werden müssen: *Quia autem in stipulatione dotis non est necessaria adjectio* sc. conditionis, *si nuptiae sequantur*, wovon unmittelbar vorher *L.* 21. *D. h. t.* die Rede war, hat schon längst CUJACIUS in Comment. in Libr. XVI. Digestor. Salvii Juliani ad *L.* 7. *D. de condict. caus. data, caus. non sec.* (Opp. a *Fabroto* editor. Tom. III. pag. 112.) bemerkt. Zugleich erscheint denn auch hieraus, daß die Erklärung des Freiherrn von Ende a. a. O. S. 122. nämlich die *L.* 23. *h. t.* verordne blos, daß bey Festsetzung des Brautschatzes vermittelst der Acceptilation, oder Diction, es eben so wenig nöthig sey, gerade den Ausdruck dos zu gebrauchen, wie bey der Stipulation, offenbar unrichtig sey. Man vergleiche noch die Note 91. S. 164.

raphernalibus, und jene verdient schon darum den Vorzug, weil die Gesetze ausdrücklich wollen, *dotium causam semper et ubique praecipuam esse, quia et publice interest, dotes mulieribus conservari*, und dieses wird in einem Titel [93]) gesagt, wo nicht mehr von der Bestellung, sondern von Restitution des Heyrathsgutes die Rede ist. Die Bestellung einer Brautgabe kann nun endlich auch noch

II. durch eine Handlung von Todes wegen geschehen, wenn nämlich einer Frauensperson, sie sey noch ledig, oder schon verheyrathet, Etwas in einem letzten Willen als ein Heyrathsgut vermacht wird [94]). Ein solches Vermächtniß wird *legatum dotis constituendae* genennt, und kann eben so, wie die Bestellung eines Heyrathsguts unter den Lebenden, sowohl ausdrücklich, als stillschweigend [95]) geschehen. Ein Mehreres davon §. 1537.

§. 1239.

Dos cauta. Exceptio non numeratae dotis.

Zur Bestellung eines Heyrathsguts ist die darüber errichtete Urkunde (scriptura dotalis instrumenti), wie die Kaiser Severus und Antoninus [96]) rescribiren, nicht hinreichend, wenn nicht die wirkliche Auszahlung der dos erfolgt ist. Bey den Römern war dieses noch weniger einigem Zweifel unterworfen, weil es gewöhnlich war, in

93) *L. 1. D. Soluto matrim.*

94) *L. 71. §. 3. D. de condit. et demonstr. L. 84. §. 6. D. de legat. I.*

95) *L. 48. §. 1. D. de iure dot.* S. Meister cit. Diss. §. 9.

96) *L. 1. C. de dote cauta non numerata.*

den Ehepacten die dos, und deren Betrag als schon empfangen anzugeben, wenn auch gleich dieselbe noch nicht ausbezahlt, sondern nur noch blos versprochen worden [97]). Daher konnte auch aus solchen instrumentis dotalibus nicht gleich ein Beweis gegen den Ehemann entstehen, daß er das Heyrathsgut wirklich empfangen habe. Es wurde vielmehr, da die Ehepacten gewöhnlich noch vor geschlossener Ehe errichtet wurden, rechtlich angenommen, daß das enthaltene Bekenntniß des Ehemannes blos in der Hofnung künftiger Auszahlung geschehen sey [98]). Daher wird dem Ehemann, wenn er nach getrennter Ehe daraus belangt wird, die Einrede gestattet, er habe den Brautschatz nicht erhalten. Man nennt dieß eine *dos cauta*, wenn der Ehemann den Empfang des noch nicht ausgezahlten Brautschatzes in einer darüber ausgestellten Urkunde bekannt hat; und das ihm dagegen zustehende Rechtsmittel wird *exceptio*, oder *querela non numeratae dotis* genennt [99]). Der Gebrauch dieses Rechtsmittels ist jedoch, so wie die exceptio non numeratae pecuniae bey der Handschrift über ein Darlehn, an gewisse Zeiten gebunden, vor deren Ablauf das ausgestellte schriftliche Bekenntniß gar nichts gegen den Aussteller beweist, nach deren Ablauf aber dieses Bekenntniß einen so vollständigen Beweis wirkt, daß nach der Strenge des Rechts keine Einrede dagegen mehr

97) *L.* 3. *Cod. de dote cauta non numerata.*

98) S. *Ant.* Perez Praelection. in Cod. Lib. V. Tit. 15. nr. 1. et 3. und *Frid. Es. a* Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 82. §. 4. sqq.

99) *Jo. Bern.* Friesen Diss. de dote confessata seu cauta, von quittirten aber nicht empfangenen Brautschatzgeldern. *Jenae* 1708.

Statt findet, sondern nun dos cauta für numerata angenommen wird. Man unterscheide folgende Fälle.

I) Klagt der Ehemann noch während der Ehe auf die Auszahlung des Brautschatzes, so stand anfangs die querela non numeratae dotis demselben mit der Wirkung, daß der Beklagte den Beweis übernehmen mußte, ohne alle Zeiteinschränkung zu, wie Justinian in der Präfation der Novelle 100. sagt. Der Beklagte konnte sich also auf die über den Empfang des Brautschatzes errichtete oder ausgestellte Urkunde nicht berufen, sondern mußte immer die erfolgte Auszahlung desselben auf andere Art beweisen. Weil nun aber leicht durch die Länge der Zeit dieser Beweis verloren gehen konnte, so hat Justinian für nöthig gehalten, eine kürzere Frist zu bestimmen. Er verordnet nämlich in der Novelle 100. daß nach Ablauf von zehen Jahren der Ehemann mit der querela non numeratae dotis, gegen sein schriftliches Bekenntniß, gar nicht mehr gehört werden soll [100].

100) Anderer Meinung zwar ist Schweppe im Röm. Privatrecht §. 688. Allein in der Präfation der Novelle 100. worauf er sich beruft, wird dieses blos historisch als älteres Recht angeführt, aber gleich nachher hinzugefügt: Es sey nöthig gewesen, die Zeit der querelae non solutae dotis einzuschränken, und die Weiber nach Ablauf einer langen Zeit von dem Beweise der Auszahlung zu befreien. Nun heißt es *Cap.* 1. §. 1. Si vero *intra decem annos* non queratur, *ob silentium mariti* querelam tollimus, *nec permittimus, ut post decem annos queratur.* Und *Cap.* 2. *pr.* Si praeterierint *decem anni*, tum nec Vir, nec heredes eius querelam habebunt, *cum mulieri tempus ad omnia sufficiat.* Ob dieses aber auch auf den Fall einer noch bestehenden Ehe

II) Wird aber nach getrennter Ehe die dos cauta zurückgefordert, und der Ehemann oder dessen Erbe setzt dem Kläger die exceptio non numeratae dotis entgegen; so war anfangs die Dauer derselben auf ein Jahr beschränkt, die Ehe mochte durch den Tod eines der Ehegatten, oder durch repudium aufgehoben worden seyn, von Zeit der Trennung an gerechnet, ohne auf die Dauer der Ehe Rücksicht zu nehmen[1]. Dieß hat aber

sich beziehe, oder nicht vielmehr auf den Fall einer getrennten Ehe zu beschränken sey? war schon unter den Glossatoren streitig. Ersteres behauptete SALICETUS mit ACCURSIUS, letzteres ALBERICUS *de* ROSATE ad Auth. *Quod locum* Cod. de dote cauta. Dieser stellt den Satz auf, daß während der Ehe die querela non numeratae dotis an gar keine Zeit gebunden sey. Allein die erste Meinung ist wohl dem Gesetz gemäßer, wie zuerst *Matth.* COLERUS in Tr. de processibus executivis P. III. Cap. 1. nr. 113. pag. 595. zeigte. Ihm stimmt *Matth.* STEPHANI Commentar. in Novell. Constitution. Iustin. Imp. ad Nov. 100. n. 6. pag. 531. bey, und eben so lehrt auch Ad. Diet. Weber in den Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1239. S. 154. und Derselbe zu Höpfners Commentar über die Institutionen. §. 854. Not. (*) S. 907. f.

1) *L. 3. C. de dote cauta non numerata.* Imp. IUSTINIANUS A. Mennae P. P. In dotibus, quas datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, cum adhuc nulla datio sed pollicitatio tantum subsecuta sit, liceat non numeratae pecuniae exceptionem opponere, non solum marito contra uxorem, vel eius heredes, morte mulieris vel repudio dissoluto matrimonio, sed etiam heredibus mariti, cuius morte dissolutum est matrimonium: socero etiam, vel eius heredibus, si cum filio suo dotem suscepisse dotalibus instrumentis scri-

Justinian in der angeführten Novelle 100. dahin abgeändert, daß wenn 1) die Ehe noch binnen den ersten zwey Jahren wieder getrennt worden, es sey durch den Tod, oder durch Scheidung geschehen, dem Manne sowohl, als seinen Erben, ein Jahr; wäre aber 2) die Ehe erst nach zwey Jahren, jedoch noch binnen den ersten zehen Jahren, wieder aufgehoben worden, denselben nur noch binnen drey Monaten die querela oder exceptio non numeratae dotis zustehen solle. Wären endlich 3) schon zehen Jahre verflossen, so soll dieses Rechtsmittel gar nicht weiter Statt finden, ausser 4) wenn der Ehemann zur Zeit der Ausstellung des Scheins noch minderjährig gewesen. Hier kann er sich gegen den Ablauf der Fristen in integrum restituiren lassen, wenn seit der geschlossenen Ehe noch keine zwölf Jahre verflossen sind. Denn wenn man auch annimmt, der Mann habe im funfzehnten Jahre sich verheyrathet, so hat doch zu der Zeit derselbe die Großjährigkeit längst erreicht, und muß bis dahin schon das sieben und zwanzigste Jahr zurückgelegt haben. 5) Stirbt er aber während dieser Zeit, so können sich desselben Erben noch binnen einem Jahre dieser Querel bedienen. Sind jedoch 6) die Erben noch minderjährig, ihr Erblasser, der Aussteller des Scheins, mag übrigens großjährig, oder noch minderjährig gewesen seyn, so sind diesen noch fünf Jahre Zeit gegeben, binnen welcher sie sich der Querel des nicht ausgezahlten Brautschatzes bedienen können. Weiter soll ihnen dieses Rechts-

ptum sit: omnique personae, quam dotem suscepisse una cum marito conscribitur, vel eius similiter heredibus, ita tamen, ut *intra annum* tantum continuum, a morte mariti, vel mulieris, vel missione repudii computandum, ea licentia detur.

mittel nicht zustehen, wenn sie auch binnen dieser Zeit die Großjährigkeit noch nicht erreicht hätten, auch wird dabey vorausgesetzt, daß die Ehe noch binnen den ersten zehen Jahren wieder aufgehoben worden, und ihr Erblasser noch während der Zeit gestorben sey, da ihm die exceptio non numeratae dotis zustand[2]. Es dürfte wohl die Novelle 100. des Kaisers Justinian, welche diese Bestimmungen des neuern Rechts enthält, hier einen Platz verdienen. Sie lautet nach Hombergs Uebersetzung folgendermaßen.

Praefatio.

Exceptiones non numeratae pecuniae, quae certis casibus opponuntur, leges nostrae indiscussas non reliquerunt: sed longum et effusum earum tempus contraximus, ne homines negligentia sua, aut forte dolo, ut in negotiationibus, fruantur, aliisque negotia facessant. Neque enim aequaliter probationes semper suppetunt illis, qui eas dare volunt, multas vero tempus quoque repudiat. Quapropter in quibusdam casibus querelas non numeratae pecuniae recte contraximus, ut ex iis, quae a nobis iam scripta sunt, colligere licet. Atque id ipsum impraesentiarum etiam *in dote* facimus. *Quoniam enim toto tempore matrimonii, quamdiu nuptiae constabant, viris de non soluta dote queri concessum est,* maiusque additamentum factum, ut etiam post mortem virorum, quemadmodum post repudium, intra annum querela moveretur; propterea brevi et concisa lege que-

2) S. *Jac.* Cujacii Exposit. Novellar. ad Nov. C. und *Conr.* Rittershusii Ius Iustinian. P. V. Cap. 8. nr. 7.

relam non solutae dotis celeriorem efficiendam, mulieresque in eiusmodi rebus a probatione post longum tempus liberandas esse existimavimus.

Caput I.

Si quis igitur per duos solum annos, vel etiam breviore tempore uxori iunctus fuerit, et dotem non acceperit, silentio illo neque maritus laedatur, neque heredes mariti, licet etiam ille tacuerit: sed intra alium annum querelam moveat. Brevitas enim matrimonii nos ad hanc legem vocat. Si vero matrimonium ad tempus biennio maius, decennio vero minus duret, marito concedimus ut querátur, et dotem pro parte vel in totum sibi collatam non esse dicat: eoque facto, querelam transmittat, cum maritus semel questus sit, et uxor se eam dedisse non probaverit.

§. 1. Si vero intra decem annos non queratur, ob silentium mariti querelam tollimus, nec permittimus, ut post decem annos queratur, neque heredibus eius annum tribuimus. Et hoc etiam non sit nostra in quosdam poena, sed cura tranquillitatis subditorum. Cui enim per tam longum tempus (decennium scilicet) querelam proponere licet, si silentium eligat, manifestum est, eum, etsi dotem non accepit, heredes tamen suos eam omnino dare voluisse. Atque haec ipsa óbtineant, etsi nuptias repudio solvi contingat. *Nec distinguimus, num mulier dotem se dedisse scripserit, an pater, an vero alius quis pro ea: tempore in omnibus eiusmodi speciebus* (sicut ante diximus) *suos effectus ostendente, et querelam dante, vel tollente.* De de-

nunciatione vero non loquimur, quae verbis solum fit, (saepe enim vel ira quaedam, vel alia incidens occasio efficit, ut vir talia loquatur: vel cum ille nihil dixerit, emti testes id mentiantur), sed denunciationem in scriptis fieri oportet. Si vero quis eam in iudicio forte facere velit, omnino id mulieri, vel illi, qui dotem se dedisse scripsit, innotescere oportet: caeteroquin nihil est, quod prohibeat, quo minus ipse maritus solus hoc faciat et queratur, et mulier, quid agatur, ignoret, sibi vero nullo modo prospicere possit, cum querelam sibi motam esse nesciat.

Cap. II.

Ut igitur generaliter dicamus, si matrimonium *intra biennium*, sive morte, sive repudio solutum est, tam ipsi marito de non numerata pecunia, quam heredi eius *intra alium annum* queri licet. Si *ultra biennium* usque ad decem annos matrimonium duret, marito, eiusque heredi *intra tres menses* querelam damus. Si praeterierint *decem anni*, tum nec vir, nec heredes, eius querelam habebunt, cum mulieri tempus ad omnia sufficiat. Si maritus MINOR sit, et non queratur, ad restitutionem tantum temporis illi damus, ut *duodecim annos* a tempore nuptiarum non excedat. Scimus enim eos, qui celeriter admodum nuptias contrahunt, non minores quindecim annis illas contrahere. Quare et vigesimum quintum annum superabit, et intra vigesimum septimum annum de dote non numerata queri poterit: mortuo vero eo intra dictum tempus, heredes annum illum ad querelam movendam habeant.

§. 1. Si minores sint heredes eius, qui questus non est, sive is maior sive minor fuerit, *quinquennium* solum ad movendam querelam non numeratae pecuniae habeant: atque id tempus sufficiat, nec exitum omnium temporum minorum exspectet: id quod nos ad hanc legem excitavit. Cum enim mulier quatuordecim annos nupta fuisset, post vigesimum annum a morte parentis, abutens quidam aetate minoris, agebat contra matrem, quarto et trigesimo anno post matrimonium initum pecuniam non numeratam esse opponens: quod nos iudicantes sanavimus, et ob eiusmodi circumstantias tempus etiam minorum quinquennii spatio hac lege determinavimus: quo ille, scilicet non numeratam esse pecuniam opponat, qui dotem se accepisse scripsit, et causa secundum tempora sua, sive perfectae aetatis quis sit, sive imperfectae, decidatur. Haec igitur lex in matrimoniis postea futuris obtineat.

Es ist hier noch Folgendes zu bemerken. 1) Die querela oder exceptio non numeratae dotis fällt weg, wenn der Ehemann, ausser dem in den Ehepacten enthaltenen Bekenntniß, über den Empfang des Brautschatzes noch eine besondere Quittung ausgestellt hat [3]).

3) *L.* 14. §. 1. *Cod. de non numerata pecun.* — Ideoque sancimus, —— illis etiam *securitatibus*, quae post confectionem dotalium instrumentorum *de soluta dote ex parte*, *vel in solidum* exponuntur, nullam *exceptionem non numeratae pecuniae* penitus opponi. S. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 83. Es fragt sich jedoch, ob die Quit-

2) Wenn die Dotalurkunde erst nach geschlossener Ehe errichtet worden ist. Denn hier fällt die Vermuthung weg, daß der Bräutigam, um nur bald in den Besitz der Braut zu kommen, sich leicht dazu zu verstehen pflege, den Empfang des Brautschatzes in einer solchen Urkunde zu bekennen, ohne ihn wirklich empfangen zu haben[4]).

tung auch in dem Falle diese Wirkung habe, wenn in der Ehestiftung nur von einem Versprechen der dos, aber nicht von einer erfolgten Auszahlung die Rede ist? Struben in den rechtlichen Bedenken 4. Th. Bed. 107. verneint dieses, weil nur ein zweyfaches Bekenntniß die exceptio N. N. D. ausschließe, welches hier nicht vorhanden sey. Allein Pufendorf c. l. §. 2. ist der entgegengesetzten Meinung, weil es im Grunde gleichviel sey, ob ein Brautschatz blos versprochen, oder die nicht erfolgte Auszahlung, als wirklich geschehen, simulirt worden sey. Es hat indessen schon Mevius Decision. Tom. II. P. VII. Decis. 354. Not. 4. erinnert, daß zwischen einem in den Ehepacten blos versprochenen, und einem solchen Brautschatz, dessen Empfang der Mann bekannt hat, ein großer Unterschied sey. Von dem ersten ist nirgends die Rede, nur gegen den letztern geben die Gesetze die exceptio N. N. D. *L.* 3. *C. de dote cauta et non numerata*, welche aber durch die über den Empfang des Brautschatzes ausgestellte besondere Quittung ausgeschlossen wird.

4) S. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 448. et not. b. Andrer Meinung ist jedoch Friesen cit. Diss. Cap. II. §. 7. Allein die *L.* 4. *C. de dotis promissione*, worauf er sich beruft, sagt nur, wenn der Ehemann mit Wissen und Willen desjenigen, der ihm den Brautschatz gab, in dem instrumento dotali geschrieben hat, daß ihm mehr übergeben worden sey, als er wirklich empfangen hat; so sey dieses als ein stillschweigender Vertrag

3) Ob nicht der Ehemann nach Ablauf der gesetzlich bestimmten Fristen noch mit dem Beweise, er habe keinen Brautschatz erhalten, zu hören sey, ist streitig. Voet [5]) beantwortet diese Frage bejahend. Von andern [6]) wird sie hingegen verneinet. Soviel ist gewiß, daß wenn die Ehe zehen Jahre gedauert hat, sie mag übrigens noch bestehen oder getrennt seyn, der Ehemann mit der Einrede des Brautschatzes gar nicht weiter gehört werden soll [7]). Dieses erscheint ganz deutlich aus den Worten des Cap. 1. der Nov. 100. Cui enim per tam longum tempus (*decennium* scilicet) querelam proponere licet, *si silentium eligat, manifestum est, eum,* ET SI DOTEM NON ACCEPIT, *heredes tamen suos eam omnino dare voluisse.* Atque haec ipsa obtineant, et si nuptias *repudio solvi* contingat. Sind aber noch keine zehen Jahre verstrichen, seitdem die Ehe bestanden hat; und der Mann wird nun nach Ablauf der gesetzlichen Fristen auf die Zurückgabe des Heyrathsguts belangt, so beweist nun zwar die über den Empfang des Brautschatzes ausgestellte

anzusehen, worauf das noch Fehlende gefordert werden könne, welches in den *Basilic.* Tom. IV. pag. 531. Const. 84. noch mit dem beygefügten Grunde unterstützt wird: ἐπειδὰν ἀπὸ φιλῆς ἐπαγγελίας ἀπαίτησιν αἱ προῖκες ἔχουσι, i. e. *quoniam ex nuda pollicitatione dos peti potest.* S. WISSENBACH Commentat. rep. prael. in Cod. ad h. L. pag. 416.

5) Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 17.

6) Höpfner Commentar über die Institutionen. §. 854. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 688.

7) S. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 65. §. 2.

Urkunde gegen ihn vollständig, allein der Gegenbeweis ist ihm hier nicht so, wie in jenem ersten Falle, benommen [8]).

4) Der Ehemann kann jedoch dem Ablaufe der gesetzlichen Fristen, und dessen Wirkung durch eine Protestation vor Gericht, wegen des nicht empfangenen Brautschatzes, oder durch Condiction der Urkunde, welche das Bekenntniß der empfangenen Brautgabe enthält, zuvorkommen [9]).

5) Da das Gesetz blos von dem Ehemann und dessen Erben redet, so kann den Gläubigern desselben der Ablauf jener Fristen, selbst in dem Falle, da nach zehen Jahren dem Mann die exceptio non numeratae dotis schlechterdings versagt wird, nie dergestalt zum Nachtheil gereichen, daß sie nicht noch mit dem Gegenbeweise zu hören wären [10]). Zwar können auch die Gläubiger nach zehen Jahren von der Ehefrau ihres Schuldners keinen weitern Beweis wegen des wirklich inferirten Heyrathsguts verlangen. Denn Justinian will ein für allemal die Weiber nach einer so langen Zeit von allem weiteren Beweise befreiet wissen. (Mulieresque in eiusmodi rebus a probatione post longum tempus liberandas esse existimavimus, heißt es in *Praefat. Nov. C.*) Unbillig aber wäre es, wenn die Nachläßigkeit des Ehemannes ihnen dergestalt nachtheilig seyn könnte,

8) Weber's Erläuterungen der Pandecten 2. Th. §. 1139. nr. 2. S. 154.

9) S. *Ulr.* Huber Praelect. ad Pand. Lib. XXIV. Tit. 3. §. 9. in fin.

10) S. Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 82. §. 8.

daß sie nun auch so wenig, als der Ehemann, mit dem Gegenbeweise gehört werden sollten [11]).

Noch ist endlich 6) zu bemerken, daß die exceptio oder querela non numeratae dotis immer den Fall voraussetzt, wo der Empfang des Brautschatzes in Hoffnung künftiger Auszahlung bescheiniget worden ist. Ganz verschieden davon ist der Fall, wenn der Ehemann in der Dotalurkunde den Empfang des nicht erhaltenen Brautschatzes, oder eine größere Summe desselben, als er empfangen hat, in der Absicht zu schenken (animo donandi) bekannt hat. Stirbt nun der Mann, ohne diese Schenkung widerrufen zu haben, so kann die Frau von den Erben desselben das Heyrathsgut fordern, dessen Empfang der verstorbene Mann in dem Ehevertrage schriftlich bekannt hat, weil dieses als eine Schenkung angesehen wird, welche durch den Tod des Mannes ihre unwiderrufliche Gültigkeit erhalten hat. Hieher gehört die Constitution des Kaisers Alexander, welche folgendermassen lautet.

L. 2. Cod. de dote cauta non numerata. Quod de suo maritus constante matrimonio *donandi animo* in dotem adscripsit; *si eandem donationem legitime confectam* [12]) *non revocavit*, qui incremen-

11) S. Voet cit. loc. Mevius Tom. II. P. VII. Decis. 355. et P. IX. Decis. 195. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 448. in fin.

12) Der griechische Scholiast in *Basilic.* Tom. IV. pag. 713. Sch. o. erklärt diese Worte so, wenn die Schenkung nicht die Summe von 500 Solidis übersteigt, sondern eine solche ist, die blos, der Ehe wegen, bey Lebzeiten des Schenkenden nicht besteht. *εἰ γὰρ τυχὸν ὑπὲρ τὰ*

tum doti dedit, et durante matrimonio mortem obiit: ab heredibus mariti, quatenus liberalitas interposita munita est, peti potest.

§. 1240.

Paraphernalgüter der Frau, und deren Unterschied vom Brautschatze derselben.

Unterschieden vom Heyrathsgute ist das Paraphernal-Vermögen der Frau [13]. Man bezeichnet nämlich alles übrige Vermögen der Frau, außer dem Brautschatze, mit dem griechischen Namen *Parapherna.* Die Kaiser Theodos und Valentinian [14] sagen: quas *extra dotem* mulier habet, Graeci *parapherna* dicunt. Nicht verschieden davon sind die bona *receptitia*, wie sie Gellius [15] nennt. Denn sie entstanden bey der laxen Ehe gewöhnlich so, daß sich die Frau von dem

φʹ. νομίσματα ἦν δωρεὰ, καὶ χωρὶς ὑπομνήματος ἐγένετο, καὶ ἐτελεύτησεν ἐν συνισταμένοις τοῖς γάμοις, οὐκ ἐβεβαιοῦτο. ἐκ εἶναι γὰρ αἱ δωρεαὶ βεβαιοῦνται τῇ τελευτῇ τοῦ δωρησαμένου, αἱ διὰ τὸν γάμον μόνον ἀσθενοῦσαι. i. e. *Si enim quingentos forte solidos excedat donatio, eaque actis non insinuata fuerit, et decessit constante matrimonio, non fuit confirmata. Illae enim donationes morte donatoris confirmantur, quae propter matrimonium solum infirmantur.*

13) S. *Huld. ab* Eyben Disp. de iure paraphernorum. (in eius *Scriptis.* pag. 307. sqq.) *Jo. God.* Rüter Diss. sist. ius mariti circa bona paraphernalia ex Legibus Roman. et patriis illustratum. *Gött.* 1781.

14) *L.* 8. *Cod. de pactis convent. tam super dote V.* 14.

15) *Noct. Attic. XVII.* 6.

Vermögen, was sie dem Mann als dos überließ, einen Theil zu ihrem freien Eigenthume vorbehielt, weil die dos Eigenthum des Mannes wurde [16]). Die Gallier nannten, wie Ulpian [17]) bemerkt, ein solches Vermögen der Frau *peculium*, und so nennt es auch Papinian [18]), und bemerkt dabey, es sey von der dos dadurch unterschieden worden, daß der Mann in einem darüber ausgestellten Scheine bekannt habe, dieses Vermögen gehöre der Frau zu ihrem eigenthümlichen Gebrauche; und auf gleiche Weise bemerkt Ulpian, der Mann habe darüber, was nicht dos seyn sollte, gewöhnlich beym Anfang der Ehe, ein Verzeichniß ausgestellt und unterschrieben, welches denn

16) S. Neues Magazin für Rechtswissenschaft u. Gesetzgebung von Carl von Grolmann u. Egid. von Löhr. 1. B. S. 525 ff.

17) *L.* 9. §. 3. *D. h. t.*

18) *L.* 31. §. 1. *D. de donat.* Species *extra dotem* a matre filiae nomine viro traditas filiae, quae praesens fuit, donatas, et ab ea viro traditas videri respondi; nec matrem offensam repetitionem habere, vel eas recte vindicare, *quod vir cavisset, extra dotem usibus puellae sibi traditas;* cum ea significatione non modus donationis declaretur, nec ab usu proprietas separetur, *sed* PECULIUM *a* DOTE *puellae distingueretur:* iudicem tamen aestimaturum, si mater iure contra filiam offensa, eas revocare velit, et verecundiae maternae congruam, bonique viri arbitrio competentem ferre sententiam. Der griechische Scholiast in *Basilic.* Tom. VI. pag. 207. Sch. f. hat für peculium τὰ ἐξώπροικα. Die Stelle des Papinian kommt auch bey Paulus in *Sentent. Recept.* Lib. V. Tit. 11. §. 1. vor; wo es heißt: Species extra dotem a matre *in honorem nuptiarum*, praesente filia, genero traditas donationem perfecisse videntur.

der Frau zugleich, als eine Handschrift darüber, zum Beweise gedient habe, daß sie die darin verzeichneten Sachen wirklich in das Haus des Mannes eingebracht habe [19]). Wozu dieser Unterschied, wenn ohnehin alles Vermögen, welches die Frau zu dem Manne gebracht hat, im Zweifel für Paraphernalgut zu halten ist? Vielmehr erscheint aus beyden Stellen, des Papinians und Ulpians, daß dasjenige, was nicht dos seyn sollte, einer besondern Bestimmung bedurfte, weil dabey nicht die Absicht Statt fand, dem Mann das Eigenthum zu überlassen, wie Ulpian sagt: *Non puto hoc agi inter virum et uxorem, ut dominium ad eum transferatur.* Dahingegen bey der Bestellung der dos sich's von selbst verstand, daß der Mann Eigenthümer wurde [20]). Auf eine besondere Bestimmung deutet auch wohl der Ausdruck des Scävola [21]) hin: res uxoris extra dotem *constitutae.*

An den Paraphernen der Frau hat nach dem Römischen Rechte der Mann eigentlich gar kein Recht, weder Eigenthum, noch Nießbrauch kommt ihm daran zu, außer in so fern ihm die Frau gewiße Rechte des Gebrauchs oder der Verwaltung in den pactis dotalibus eingeräumt hat. Wider den Willen der Frau darf er sich weder das Eine noch das Andere anmaßen, wie die Verordnung der Kaiser Theodos und Valentinian [22]) ausspricht: Hac

19) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. S. 662. nr. 15. der 8. Aufl.

20) S. *Jac.* Cujacii Comment. in libr. XII. Responsor. Papin. ad L. 31. §. 1. D. de donat. (*Oper.* Tom. I. pag. 532.)

21) *L.* 95. *pr. D. ad Leg. Falc.*

22) *L.* 8. *C. de pactis convent. sub. dote.*

lege decernimus, ut vir in his rebus, *quas extra dotem mulier habet*, quas Graeci *parapherna* dicunt, nullam *uxore prohibente* habeat communionem, nec aliquam ei necessitatem imponat. Quamvis enim bonum erat, mulierem, quae se ipsam marito committit, res etiam eiusdem pari arbitrio gubernari: attamen quoniam conditores legum aequitatis convenit esse fautores, *nullo modo*, ut dictum est, *muliere prohibente*, *virum in paraphernis se volumus immiscere*.

Hat die Frau dem Manne die Verwaltung dieses Vermögens überlassen, so prästirt er, wie ein Verwalter fremder Güter, dolum und culpam, jedoch nur den Fleiß, wie in seinen eigenen Sachen. Er ist denn auch zur Ablegung der Rechnung verbunden. Besteht dieses Vermögen in Kapitalien, welche die Frau dem Manne zur Benutzung anvertraut hat, so kann er zwar die Zinsen davon erheben, und sie zum Besten der Ehe verwenden; allein die Kapitalien verbleiben der Frau. Werden sie heimgezahlt, so muß er sie für die Frau aufbewahren, und die weitere Anlegung derselben ihrer Willensbestimmung überlassen. Sie kann ihm aber auch das Eigenthum der Paraphernen übertragen, wo dann die Frau Gläubigerin ist. Ist der Frau deswegen keine Hypothek in den Ehepacten bestellt worden, so kommt ihr zu ihrer Sicherheit eine gesetzliche Hypothek auf den ganzen Vermögen des Mannes zu, jedoch erst von der Zeit an, da er die Kapitalien erhoben hat [23]). Denn bis dahin könnte die Frau auch selbst die Gelder erheben, oder auch die Schuldscheine selbst von dem Mann zurückfordern. Plagt

23) S. den 19. Th. dieses Commentars §. 1088. S. 123 ff.

der Mann gegen die Schuldner der Frau, so stellt er die der Frau zustehenden Klagen, als deren Bevollmächtigter, an, ohne daß eine weitere Cautionsleistung von ihm gefordert werden darf [24]). Dieß alles setzt folgende Verordnung des Kaisers Justinian außer Zweifel.

L. ult. Cod. de pactis convent. tam sup. dot. Si mulier marito suo nomina, id est, foeneratitias cautiones, quae *extra dotem* sunt, dederit, *ut loco paraphernorum apud maritum maneant*, et hoc dotali instrumento fuerit adscriptum: utrumne habeat aliquas ex his actiones maritus, sive directas sive utiles, an penes uxorem omnes remaneant, et in quem eventum dandae sint marito actiones, quaerebatur? Sancimus itaque, si quid tale evenerit, actiones quidem omnimodo apud uxorem manere, licentiam autem marito dari, easdem actiones movere apud competentes iudices, *nulla ratihabitione ab eo exigenda* [25]): et

24) S. a Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 12.

25) In den *Basilic.* Tom. IV. pag. 697. Const. 40. heißt es: *ἐξέστω δέ τῷ ἀνδρὶ ταύτας κινεῖν ὡς προκουράτωρι τῆς γυναικὸς, μηδεμίαν, ἀπαιτουμένῳ ἱκανοδοσίαν. liceat autem marito eas* (sc. actiones) *movere tanquam procuratori mulieris, nulla ab eo praestita satisdatione.* Es wird der Grund hinzugefügt: *ἀρκεῖ γὰρ αὐτῷ πρὸς ἀσφάλειαν τό επιδεῖξαι ὅτι γέγραπται ἐν τῷ προικιμαίῳ συμβολαίῳ ἡ τούτων τῶν πραγμάτων ἐν ἐξωπροίκοις ἐπίδοσις.* i. e. *Ei enim sufficit ad cautionem, si ostenderit, dotali instrumento adscriptum esse, datas esse has res loco paraphernorum.*

usuras quidem eorum circa se et uxorem expendere: *pecunias autem sortis, quas exegerit, servare mulieri, vel in causas, ad quas ipsa voluerit, distribuere:* et si quidem in dotali instrumento hypothecae pro his nominatim a marito scriptae sint, his esse mulierem ad cautelam suam contentam. Sin autem minime hoc scriptum inveniatur: ex praesenti nostra lege habeat *hypothecam* contra res mariti, *ex quo pecunias ille exegit.* Ante enim habeat mulier ipsa facultatem, si voluerit, sive per maritum, sive per alias personas easdem movere actiones, et suas pecunias percipere, et [26]) ipsas cautiones a marito recipere securitate ei competente facienda [27]). Dum autem apud ma-

26) *Et* steht hier für vel, in welcher Bedeutung es öfters gebraucht wird z. B. *L.* 19. §. 1. *in fin. D. de legat. I.* S. *Jo.* Strauch Lexicon Particular. iuris. voc. *Et.* Eben so erklärt das Wort et hier auch die Glosse. Die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 5. Const. 40. pag. 698. bestätigen diese Erklärung, wo es heißt: *ἠδύνατο δὲ καὶ αὐτὰ τα γραμματεῖα παρὰ τοῦ ἀνδρὸς ἀναλαβεῖν. Poterat autem ipsas quoque cautiones recipere a marito.*

27) Die *Basilica* c. l. pag. 698. haben: *ἀπόδειξιν αὐτῷ ποιοῦσα τῆς ἀποδόσεως.* i. e. *securitate seu apocha ei praestanda.* Der griechische Scholiast pag. 712. Sch. h. macht noch bey den Worten cautiones a marito *recipere* die Bemerkung: Da die Frau die dem Mann überlassenen Schuldscheine wieder zurücknehmen könne, so beweise dieses, daß der Mann in Ansehung derselben, wenn sie einklage, nicht als in rem suam procurator, sondern nur wie jeder anderer Procurator der Frau handle. *ει γαρ* in rem suam procurator

ritum remanent eaedem cautiones: et dolum et diligentiam maritus circa eas praestare debet, qualem et circa suas res habere invenitur: ne ex eius malignitate, vel desidia aliqua mulieri accedat iactura. Quod si evenerit, ipse eandem de proprio resarcire compelletur.

Daß die Frau, wenn sie dem Manne die Verwaltung ihres Paraphernalvermögens überläßt, von demselben Ablegung der Rechnung fordern könne, erhellet noch insonderheit aus folgender Stelle des Scävola, welche aus desselben *libro* 21. *Digestor.* [28]) genommen ist: Maritus *uxoris res extra dotem constitutas* administravit: eaque decedens *ante rationem sibi redditam administrationis*, ex asse eundem maritum heredem reliquit, eiusque fidei commisit, ut decem uncias filio communi, cum moreretur, restitueret, duas autem uncias nepoti. Quaesitum est, an id quoque, quod ex administratione rerum apud maritum resedisse constiterit, cum caeteris bonis pro rata decem unciarum filio restitui debeat? Respondit, id quod debuisset hereditati, in rationem venire debere. Die Frage war hier eigentlich die, ob das Paraphernalvermögen der Frau, welches der Mann bey ihrem Leben verwaltet, darüber aber noch keine Rechnung abgelegt hatte, mit unter dem Fideicommiß

ἐγένετο, οὐκ ἐξῆν τῇ γυναικὶ ἀνακαλέσασθαι τὰς ἀγωγὰς, d. h. denn wenn er procurator in rem suam wäre, so wäre es der Frau nicht erlaubt, die Klagen zu widerrufen. S. den 5. Th. dieses Commentars §. 388. S. 231.

28) *L. 95. pr. D. ad Leg. Falcid.*

begriffen sey, womit sie den Mann, den sie zu ihren Universal-Erben einsetzte, beschwert hat [29]. Diese Frage entscheidet Scävola mit Recht bejahend. Ohne Einwilligung der Frau darf der Mann von den Paraphernalien der Frau nichts veräußern [30], außer in sofern es jedem andern Verwalter fremder Güter erlaubt ist [31]. Hat sie der Mann consumirt, so hatte sie ihm entweder die

29) Die Lex Papia Poppaea stand hier nicht entgegen. Wegen des gemeinschaftlichen Sohns konnte hier die Frau den Mann zum Erben ex asse ernennen, zumal da die Erbschaft größtentheils an diesen Sohn wieder abgeliefert werden sollte. S. Ulpian. *Fragm. Tit. XVI.* §. 1. und *L.* 16. §. 15. *D. ad SCtum Trebell.* Vergl. *Jos. Fern. de* Retes Miscellaneor. Lib. I. Cap. 3. nr. 4. (in *Thes.* Meerman. Tom. VI. pag. 34.) und Opusculor. Lib. IV. ad L. 78. §. 9. D. ad SCt. Trebell. (*ibid.* p. 217.)

30) S. Lauterbach Colleg. th. pract. Pandect. Lib. XXIII. Tit. 5. §. 7. Einige Rechtsgelehrten behaupten zwar, der Mann könne die Paraphernalgüter der Frau eben so wenig, wie die unbeweglichen Dotalgüter veräußern, wenn es auch mit Einwilligung der Frau geschehe, als Stryk cit. Disp. Cap. III. §. 17. Allein nach *L.* 8. *Cod de pact. convent.* soll sich der Mann nur gegen den Willen der Frau (prohibente uxore) keiner Disposition über ihre Paraphernen anmassen. Die *L. un.* §. 15. *C. de rei uxor. act.* spricht aber ausdrücklich nur von der Veräußerung des Heyrathsguts. Von dieser findet kein Schluß auf die Paraphernalgüter Statt, wie aus §. 16. *cit. L. un.* erhellet. Man sehe Höpfners Commentar über die Institutionen §. 416. Not. 6. und Thibaut System des Pand. Rechts. 1. B. §. 452.

31) *L.* 63. *D. de procurat.* S. Stryk Disp. de iure mariti in bonis uxoris. Cap. III. §. 14.

Frau geschenkt, oder es war gegen ihren Willen geschehen. In jenem Falle kann die Frau gegen den Mann oder dessen Erben nur in sofern klagen, als sie bereichert sind. In dem letztern aber muß der Frau alles wieder ersetzt werden, wie die Kaiser Diocletian und Maximian *L. 17. Cod. de donat. inter virum et uxorem* rescribirt haben: De his, *quae extra dotem in domum illata*, a marito erogata commemoras: si quidem *te donante* consumta sunt, intelligis adversus heredes non nisi, *in quantum locupletior fuit*, habere te actionem. Si vero *contra voluntatem tuam*: omnia tibi restitui oportere.

Ob der Unterschied, den das Röm. Recht zwischen Heyrathsgut, und Paraphernal-Vermögen der Frau macht, noch heut zu Tage Statt finde, ist streitig. Einige [32]) bezweifeln dieses, und stellen den Grundsatz auf, daß nach dem heutigen Recht dem Ehemanne die Verwaltung und Nutznießung an dem ganzen Vermögen der Frau zustehe, was sie demselben zugebracht hat. Man leitet dieses Recht des Ehemannes aus der ihm nach deutschen Rechten zustehenden Vormundschaft über seine Frau her, von welcher es im Sachsenspiegel [33]) heißt: Wenn ein Mann ein Weib nimmt, so nimmt er

32) Schilter Prax. Jur. Rom. Exerc. XXXVI. §. 8. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. CCCII. medit. 2. et 10. Cramer Observat. iuris univ. Tom. II. Obs. 531. *Car. Guil.* Gaertner Diss. iuris Rom. distinctionem inter dotem et parapherna foris Germaniae non esse accommodandam. *Lipsiae* 1729. Ernst Christ. Westphals Rechtssprüche und Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts. 1. B. h. t. §. 2. S. 133.

33) Sachsensp. 1. B. Art. 31.

in seine Gewehr alles ihr Gut zu rechter Vormundschaft. Das Wort Vormundschaft sey aber nicht blos von der Verwaltung, sondern auch von der Nutznießung zu verstehen [34]). Dieses sey ein so allgemeines Recht in Deutschland, daß der Fall ganz unerhört sey, daß der Mann der Frau über das Paraphernalvermögen Rechnung abgelegt, und die Früchte restituirt habe. Man giebt indessen zu, daß in Rücksicht der hypothekarischen Sicherheitsrechte der Unterschied zwischen Heyrathsgut und Paraphernalvermögen auch noch jetzt gelte, wo er nicht durch die unter Ehegatten statt findende Gütergemeinschaft verdrängt wird. So lehrt auch Hellfeld. Allein daß man hier particuläres Recht, was blos in einzelnen deutschen Ländern, und vorzüglich in Sachsen, gilt, irrig für ein gemeines deutsches Recht gehalten, ist schon von andern [35]) dagegen mit vollkommenen Grund erinnert worden. Die vielen in den Schriften der Practiker vorkommenden Erkenntnisse [36]) beweisen vielmehr, daß das Röm. Recht, sofern nicht in einzelnen Ländern besondere Landesgesetze und Observanzen eintreten, durch Deutschland das gemeine Recht ausmache.

34) S. *Jac. Car.* Spener Diss. de usufructu maritali in bonis uxoris. *Vitemb.* 1726. Meckbachs Anmerkungen über den Sachsensp. S. 188.

35) S. Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 71. Struben rechtliche Bedenken Th. IV. Bd. 7. Rüter Diss. ius mariti circa bona paraphernal. Sect. II. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 418. Not. b.

36) Boehmer Consil. et Decision. Tom. II. P. I. Resp. 577. nr. 9. et 10. Wernher Select. Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 136. Cannegiesser Decisiones Hasso-Cas-

Uebrigens sind die Rechte in Ansehung des Heyrathsguts und übrigen Einbringens der Frau, so wie überhaupt in Ansehung des Vermögens der Ehegatten, nach den Gesetzen des Wohnorts zu beurtheilen, welches der Mann zur Zeit der geschlossenen Ehe hatte. Auf den Ort, wo die Ehe selbst geschlossen, oder die Ehestiftung errichtet worden, kommt es eben so wenig, als auf die Lage der Güter an [37]. Denn durch die Ehe haben sich beyde Ehegatten stillschweigend den zur Zeit der Schließung derselben in ihrem Wohnorte geltenden Gesetzen unterworfen, und da sie in Ansehung ihrer Vermögensrechte selbst keine Norm festgesetzt haben, so ist vernünftiger Weise anzunehmen, daß sie sich in Ansehung desselben, so wie in allen übrigen ihre eheliche Verbindung betreffenden Rechtsverhältnissen, den Gesetzen ihres Wohnorts haben unterwerfen wollen [38]. Die durch diese Gesetze unter den Ehegatten bey Schließung ihrer Ehe einmal begründeten Rechte beruhen also auf einem stillschweigenden Vertrage. Sie bleiben daher fortdauernd gültig, wenn auch die Ehegatten nach-

sellan. Tom. I. Decis. 20. Gr. Ludw. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 1. B. Nr. 36. S. 271—276.

37) Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 121. §. 1. Lauterbach Diss. de societate bonorum coniugali (*Tüb.* 1661.) Cap. II. §. 10. Benj. Fried. Pfizer Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber bey einem Gantproceß über das Vermögen ihrer Männer. 1 Th. §. 34. — §. 39.

38) S. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 146. und Archiv für die civilist. Praxis von Gensler, Mittermaier und Schweitzer 3. Bd. Nr. XII. Abschn. 2. §. 18. S. 175—178.

her ihren Wohnort verändern, und sich an einem solchen Orte niederlassen, wo in Ansehung der Vermögensrechte der Ehegatten andere Gesetze gelten [39]. Denn so wenig durch Veränderung des Wohnsitzes gültig eingegangene Eheverträge aufgehoben werden; eben so wenig werden die durch stillschweigenden Vertrag einmahl begründeten Rechte hierdurch geändert, weil eine nachherige Willensänderung weder an sich vermuthet wird, noch aus der Veränderung des Wohnorts abgeleitet werden kann [40].

39) Pufendorf c. I. §. 2. Voet Comment. ad Pand. Lib. XXIII. Tit. 2. §. 87. Lauterbach cit. Diss. Cap. II. §. 17. Roßmann rechtliche Frage, ob Eheleute ihre Rechte verziehen können? in den Erlang. gelehrt. Anzeigen auf das J. 1750. Nr. I. und in Siebenkees Beyträgen zu den deutschen Rechten. 4. Th. S. 58 ff. *Jo. Friedr.* Gildemeister Specim. de communione bonorum inter coniuges. *Goett.* 1775. §. 24. Joh. Aegid. Klöntrup Lehre von der Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten. 3. Abschn. §. 7. S. 98 ff. Hofacker Princ. iur. civ. Tom. I. §. 143. a. C. Pfizer Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber. 1. Th. §. 89. — §. 91. S. 145. — 149. Runde Grundſ. des deutsch. Privatrechts §. 609.

40) Dennoch sind mehrere Rechtsgelehrten anderer Meinung. S. Bal(«ke Commentat. de iuribus ex mutatione domicilii maxime intuitu coniugum resultantibus §. 14 — 26. *Ge. Lud.* Boehmer Diss. de iuribus et obligation. coniugis superstitis ex commun. bonor. universali. §. 9. (in Elect. iuris civ. Tom. III. Ex. 17. pag. 13.) *Jo. Frid.* Eisenhart Progr. de natura et indole communion. bonorum inter coniuges tacite initae. (in *Opusc.* pag. 294.) Struben rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 70. Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. VI. Obs. 770. nr. 2. u. a. m. Allein schon Carl Fried. Elsäſſer

Alles dieses bestärckt auch noch eine Stelle Ulpians aus desselben *libro XXXIV. ad Edictum* [41]) wo gesagt wird: Exigere dotem mulier debet illic, *ubi maritus domicilium habuit*, non ubi instrumentum dotale conscriptum est: *nec enim id genus contractus est, ut et eum locum spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quam eum, in cuius domicilium et ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reditura.* Eigentlich ist zwar hier vom iudicio dotis repetendae die Rede, wie Conradi [42]) gezeigt hat, es ist aber doch der Satz deutlich ausgesprochen, daß bey dem Rechte in Ansehung der dos nicht der Ort, wo die Ehe geschlossen worden, sondern wo der Mann seinen Wohnsitz hatte, zu berücksichtigen sey [43]).

§. 1241.

Machen die bona receptitia eine dritte Gattung der Güter einer Ehefrau aus?

Es ist schon oben bemerkt worden, daß die bona receptitia bey den Römern zu den Paraphernalvermögen

in den vermischten Beyträgen vorzüglich zum Kanzleiwesen (Erlangen 1783.) Nr. IV. S. 18—31. hat diese Meinung hinlänglich widerlegt. Man vergleiche auch *Jo. Frid.* Gildemeister Diss. de communione bonor. inter coniuges legitima mutatione domicilii non sublata. *Duisb.* 1777. und *Frid. Guil.* Tittmann Diss. de competentia Legum externarum et domesticarum in definiendis potissimum iuribus coniugum. *Halae* 1822. 8.

41) *L.* 65. *D. de iudiciis.*

42) Parergor. Libr. IV. pag. 493. et pag. 504.

43) S. *Ant.* Fabri Rational. in Pand. ad h. L. 65. et *Ulr.* Huber Praelection. ad Pand. Lib. V. Tit. 1. §. 53.

der Frau gehörten [44]). Denn das römische Recht unterscheidet nur zwischen dos und paripherna [45]). Da aber, nachdem die in manum conventio außer Gebrauch gekommen, und an die Stelle der strengen Ehe die laxe getreten war, die Frau auf mancherley Art mit dem Manne in Rücksicht ihres Vermögens paciscieren konnte, so konnte sie auch bestimmen, was zum Heyrathsgute gehören, und was nicht dos seyn sollte. Sie konnte aber auch dem Manne von ihrem Paraphernen nach ihrem Gefallen Eigenthum, oder Nießbrauch, oder die bloße Verwaltung, oder auch nur die Verwahrung überlassen [46]). Insofern sie sich nun aber gewisse Güter zur eignen freien Disposition vorbehalten hatte, sie mochte solche nun entweder vom eingebrachten Brautschatze, oder von dem dem Manne ebenfalls überlassenen Paraphernal-Vermögen ausgenommen haben, so wurden diese Güter *bona receptitia* genennt [47]), von dem Worte *recipere*, welches hier, wie es auch Gellius [48]) erklärt, nichts anders heißt als excipere, retinere, sibique reservare [49]). Sie setzten also immer einen **besondern Vertrag** voraus.

44) S. §. 1237. S. 228 f.

45) *L.* 9. §. 3. *D. h. t. L.* 8. *L. ult. Cod. de pact. convent.*

46) *L.* 9. §. 3. *D. h. t.*

47) *Ulr.* Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 15. sagt, die Güter, welche ursprünglich receptitia wären genannt worden, hätte man nachher mit einem griechischen Namen parapherna bezeichnet. Man sehe auch Meister Diss. de bonis uxoris. §. 3.

48) *Noct. Attic.* Lib. XVII. cap. 6.

49) *L.* 205. *D. de Verb. Signif.* S. Brissonius de Verb. iur. Significat. voc. *Recipere.*

Allein wo nach den besondern Gesetzen eines Landes dem Manne die Verwaltung und Nutznießung des ganzen Vermögens seiner Frau gehört, werden bona receptitia dasjenige Vermögen genennt, welches der Frau durch eine besondere Disposition zur privativen Benutzung und Verfügung ausgesetzt ist [50]. Nach diesem Begriff unterscheidet man daher ein dreyfaches Vermögen der Frau, Heyrathsgut, Paraphernalvermögen, woran dem Manne nach deutschen Particular-Rechten, das Recht der Verwaltung und Nutznießung zusteht, und *bona receptitia*, Spillgüter, Spielgelder, Nadelgelder, Sparhafen, Einshandgüter, Trüffelgelder, welche der Frau zur eignen freien Disposition vorbehalten sind [51]. Diese werden gewöhnlich in den Ehestiftungen bestimmt, und beruhen also auf besondern Verträgen. Jedoch können sie auch durch eine letzte Willensverordnung bestellt werden, wenn der Ehefrau unter dieser Bestimmung Etwas vermacht worden ist [52]. Daß dann die Ehefrau darüber nach freyer Willkühr, auch ohne Einwilli-

50) Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 418. Höpfner Commentar über die Institutionen. §. 130.

51) Man vergleiche Kreittmayr's Anmerkungen über den Cod. Maximil. Bavar. civ. 1. Th. 6. Kap. §. 22. S. 302. ff. (München 1791. 8.) Curtius sächsisches Recht 1. Th. S. 130. Haubold Lehrbuch des sächs. Rechts S. 79. u. 82. Weishaar Würtembergisches Privatrecht 1. Th. S. 89. Danz Handbuch des deutschen Privatrechts. 6. B. §. 593. S. 335.

52) S. *Christ. Lud.* Crell Diss. de bonis receptitiis uxori testamento paterno constitutis. *Vitemb.* 1737.

gung des Ehemanns, sowohl unter den Lebenden, als auf den Todesfall verfügen könne; leidet keinen Zweifel [53].

§. 1242.

Donatio propter nuptias nach dem Begriff des röm. Rechts, und deren Rechte sowohl während der Ehe, als nach deren Aufhebung.

In der genauesten Verbindung mit der dos steht die *donatio propter nuptias*. Diese wird der Frau in Rücksicht ihres Heyrathsguts von dem Manne bestellt. Sie läßt sich daher ohne Einbringung einer Brautgabe eben so wenig denken, als eine dos ohne die Ehe. Darin sind alle einverstanden. Allein über die Natur und den Zweck dieses römischen Rechtsinstituts herrscht ein großer Widerspruch [54]. Nicht minder über den Ursprung desselben.

53) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCII. medit. 20. und *Ge. Steph.* Wiesand Disceptationum iuris Specim. VI. *Vitebergae* 1801. Nr. I.

54) S. *Wolfg. Ad.* Lauterbach Commentat. de donationibus propter nuptias. *Tubingae* 1653. *Christ. God.* Hoffmann Diss. de differentiis iuris Rom. et Germ. in doctrina de donationibus propter nuptias. *Lipsiae* 1727. *Tob. Jac.* Reinharth Diss. de uxore in donatione propter nuptias neque dominium neque tacitam hypothecam habente. *Erfordiae* 1729. *Jo. Gottl.* Heineccius Diss. qua uxor Romana per propter nuptias donationem de alimentis secura tantum sistitur. *Halae* 1740. *Jac.* Rave Diss. de vera indole donationis propter nuptias Romanae. *Jenae* 1762. *Christ. Alex. Vivigentz a* Winterfeld Historia iuris civilis Rom. de donationibus propter nuptias. *Traj. ad Viadr.* 1776. *Jac. Frid.* Kees Progr. de iuribus uxoris in donatione propter nuptias. *Lipsiae* 1779. *Christ.*

Justinian[55]) sagt davon weiter nichts, als daß diese donatio den alten Rechtsgelehrten unbekannt gewesen, und erst nachher von den spätern Kaisern eingeführt worden sey. Wer nun aber diese iuniores divi Principes sind, hat uns weder Justinian, noch Theophilus[56]) gelehrt. Daher haben denn einige die Kaiser Diocletian und Maximian, andere aber die Kaiser Theodos den jüngern und Valentinian III., für die Urheber dieses Rechtsinstituts halten wollen, obwohl so wenig die eine, als die andere Meinung hinlängliche Gründe für sich hat.

Frid. Imman. Schorch Disp. de donatione propter nuptias Romana eiusque speciatim origine. *Erfordiae* 1787. Ejusd. Progr. I—IV. Jurium donationis propter nuptias Romanae historiae delineatorum. Part. I.—IV. *Ibid.* 1787—1800. *Car. Lud. Frid.* Grolman Commentat. de donatione propter nuptias, vidualitio atque dotalitio, praecipue de eorum effectibus, et accurata a se invicem distinctione. Sect. I. de donatione propter nuptias Rom. et praecipue de eius effectibus. *Giessae* 1795. *Aug. Guil.* Foerster Diss. de origine atque propagatione donationis ante nuptias apud Romanos. *Vratislaviae* 1812. und *Gustav.* Koch Diss. de donationibus propter nuptias. Praes. *Car.* Einert def. *Lipsiae* 1818.

55) §. 3. *I. de donat.* Est et aliud genus inter vivos donationum, quod *veteribus* quidem *Prudentibus* penitus erat incognitum, postea autem *a iunioribus divis Principibus* introductum est, quod ante nuptias vocabatur, et tacitam in se conditionem habebat, ut tunc ratum esset, cum matrimonium fuerit insecutum, ideoque ante nuptias appellabatur, quod ante matrimonium efficiebatur, et nusquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat.

56) *Paraphras. graeca* §. 3. *I. de donat.*

Es scheint vielmehr die donatio propter nuptias, wie viele andere Rechtsgeschäfte, ursprünglich mehr durch Gewohnheit entstanden, als von einer bestimmten Legislation ausgegangen zu seyn. Vielleicht gaben die Brautgeschenke, die gewöhnlich der Bräutigam noch vor der Hochzeit der Braut machte, die Veranlassung dazu [57]). Wenigstens läßt sich daraus erklären, warum man lange Zeit die Namen donatio ante nuptias und sponsalitia largitas als gleichbedeutend gebrauchte, ja auch noch nachher, nachdem auch schon jene von dieser genau unterschieden wurde [58]). Gewöhnlich gab die Braut dem Bräutigam die dos noch vor der Ehe. Eben so gewöhnlich war es, daß der Bräutigam der Braut Geschenke machte, jedoch anfangs nicht gerade um des Brautschatzes willen, sondern aus Liebe und Gegenliebe. Daher war der Fall seltener [59]), daß die Braut dem Bräutigam dagegen schenkte; desto

57) S. Schorch Diss. cit. Sect. II. u. Rave Diss. cit. §. 8.

58) *L.* 2. *C. Th. de sponsalib.* *L.* 5. *C. Iust. de secund. nupt.* verglichen mit der *Novella* Theodosii selbst, so wie sie in der Collect. Novellar. Constitut. Imperator. Justiniano anteriorum, welche Ritter dem Tom. VI. P. II. Cod. Theod. beygefügt hat, Lib. I. Tit. 7. befindlich ist. *L.* 9. *C. de bonis proscriptor.* verglichen mit *Nov. CXXXIV. cap. ult.* Daß nach den Zeiten der Kaiser Theodos und Valentinian die sponsalitia largitas schon von der donatio ante nuptias unterschieden wurde, ist wohl keinem Zweifel unterworfen; dennoch ward die letztere mit jenem Namen noch belegt, wie aus der Novelle des Kaisers Majorianus erhellet, welche sich in der angeführten Ritterischen Novellen-Sammlung Lib. IV. Tit. 8. befindet. Man sehe Schorch Diss. cit. §. 9. et 10.

59) *L.* 16. *C. de donat. ante nupt.*

häufiger aber geschah es, daß die Braut die ihr gemachten Geschenke dem Manne wieder als Heyrathsgut zubrachte [60]. So nützte sie der Mann während der Ehe [61], und da sie einen Theil der dos ausmachten, so waren sie nach getrennter Ehe ein Gewinn für die Frau [62]. Erst in der Folge unterschied man zwischen sponsalitia largitas und donatio ante nuptias [63]. Die letztere wurde nun um des Heyrathsguts willen der Frau gegeben, die erste hingegen hatte darauf keine Beziehung, sondern blos Bezeugung der Liebe zum Zweck. Es war aber doch auch die donatio ante nuptias noch immer eine wahre Schenkung, denn sie konnte noch nicht aus rechtlicher Nothwendigkeit gefordert werden, es war auch noch kein gewisses Verhältniß zur dos gesetzlich bestimmt. Zwar verwaltete sie der Mann während der Ehe, und gebrauchte sie, wie das Heyrathsgut der Frau, um die Lasten der Ehe davon zu bestreiten. Allein so wie vor Justinian die dos adventitia, wenn die Frau starb, dem überlebenden Manne

60) *L.* 5. *Cod. de secundis nupt.* Hoc observare praecipimus, licet res ante nuptias donatae, *ut adsolet fieri*, in dotem a muliere redigantur.

61) *L.* 20. *Cod. de iure dot.*

62) *L.* 1. *Cod. de donationib. ante nupt.* Impp. Severus et Antoninus. Multum interest, si ea, quae donat vir futurus, tradiderit uxori, et postea in dotem acceperit: an vero donandi animo dotem auxerit, ut videatur accepisse, quod non accepit: priore enim casu donatio non impeditur, *et res, quae in ea causa sunt dotis effectae, iudicio de dote peti possunt:* posteriore autem casu nihil actum est donatione, et quod in dotem datum non est, repeti non potest.

63) Man sehe *Nov. XXII. c.* 23.

immer, die dos profectitia aber demselben nur dann verblieb, wenn der Vater nicht mehr am Leben war; so fiel nun auch in diesen Fällen die donatio ante nuptias an die Frau, wenn der Mann vor ihr starb, und sie gewann solche mit dem Heyrathsgute [64]. Ward jedoch durch Vertrag festgesetzt, daß der Mann die dos, die Frau die donatio ante nuptias erhalten solle, wenn ein Theil vor dem andern in der Ehe verstürbe; so sollte zwar ein solcher Vertrag nach einer Verordnung der Kaiser Leo und Anthemius [65] nur alsdann gültig seyn, wenn hier beyden Theilen gleiche Vortheile zugesichert wären, gleichviel, ob die dos und donatio ante nuptias von den Eheleuten selbst, oder von ihren Eltern, oder von einem Dritten herrühren. Allein Justinian änderte dieses dahin ab, daß wegen der Ungleichheit der Vertrag nicht ungültig seyn, sondern der größere Theil auf den mindern herabgesetzt werden solle [66]. Sind jedoch Kinder da, so soll die Mutter nach einer Novelle des Kaisers Severus [67] verbunden seyn,

64) S. *Jac.* Cujacius Observation. Lib. V. cap. 4. et Recitat. solemn. in Cod. Lib. V. Tit. 3. Rave Diss. cit. §. 12. und Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 39. §. 6.

65) *L.* 9. *Cod. de pactis conventis tam. sup. dote, quam.*

66) *L.* 10. *Cod. eodem.*

67) In Corp. Novellar. Constitut. Imperator. Justiniano anterior. Lib. V. Tit. 1. (*Cod. Theod.* a *Rittero* adj. T. VI. P. II. pag. 160.) Wenn es in der Constitution heißt: Ut post viri obitum *sponsalia* in usumfructum tantum mater habeat, et a filiis alienare non possit, sive in alias nuptias venerit, sive non venerit; so wird unter *sponsalia* die donatio ante nuptias verstanden. S. den 24. Th. dieses Commentars §. 1217. S. 121.

die ihr durch den Tod ihres Mannes angefallene donatio ante nuptias ihren Kindern zu erhalten, sie mag zur zweyten Ehe schreiten, oder nicht. Immer konnte jedoch aber die donatio vor Justinian nur vor der Ehe der Frau bestellt werden, nach vollzogener Ehe hatte sie nicht Statt, weil Schenkungen unter Ehegatten ungültig waren. Darum wurde diese Schenkung *donatio ante nuptias* genannt, und sie enthielt die stillschweigende Bedingung, daß sie dann erst gültig seyn sollte, wenn die Ehe wirklich erfolgt wäre [68]. Kaiser Justinus wich zuerst von dieser Strenge des Röm. Rechts darin ab, daß er während der Ehe eine Erhöhung der donatio ante nuptias in dem Falle erlaubte, da das Heyrathsgut der Frau eine Vermehrung erhalten hätte [69]. Justinian gieng aber noch weiter. Er verordnete nämlich, daß eine solche donatio

68) §. 3. *I. de donat.*

69) *L.* 19. *Cod. de donat. ante nupt.* Si constante matrimonio consilium augendae dotis inierit vel uxor forte, vel eius nomine quilibet alius: nihilominus marito quoque liceat, seu pro marito cuilibet alii, tanto *donationem ante nuptias* additamento maiorem facere, quanto dotis augetur titulus. Nec obsit in huiusmodi munificentiis interdictas esse liberalitates tempore nuptiarum. Indulgendum est namque consensui communi partium: ne, cum negetur augendae potestas donationis, dotis etiam pigrius constituatur augmentum. Idemque licere praecipimus etiam in his matrimoniis, in quibus interdum accidit ante nuptias quidem donationem nullam esse, solam vero dotem marito mulierem obtulisse: ut etiam tunc muliere dotem augente, liceat marito quoque donationem in uxorem suam eiusdem quantitatis facere, quantum aucta dos continere dignoscitur.

nicht nur während der Ehe vermehrt, sondern auch der Frau bestellt werden könne. Weil nun aber der Name dem Geschäft nicht mehr angemessen war, so gab er ihr den Namen der *donatio propter nuptias.* So wie also das Heyrathsgut während der Ehe nicht nur vermehrt, sondern auch bestellt werden kann, so sollte nun auch die jetzt so genannte *donatio propter nuptias* hierin der dos gleichgesetzt seyn, weil sie wegen des Heyrathsgutes der Frau bestellt werde. Denn diese donatio sey keine bloße Schenkung, sondern gleichsam eine *antipherna*, eine gegenseitige dos, welche im Namen und Wesen von der dos nicht unterschieden sey, weil auch die älteren Gesetzgeber die dotes unter die donationes gezählt hätten. Beyde, die dos und donatio propter nuptias, sind also einander gleichzuachten. Diese sehr merkwürdige Verordnung ist die *L.* 20. *Cod. de donat. ante nupt.* welche folgenden Inhalts ist.

Imp. Justinianus *A. Joanni* P. P. Cum multae nobis interpellationes factae sint adversus maritos, qui decipiendo suas uxores faciebant donationes, quas *ante nuptias* antiquitas nominavit, insinuare autem eas actis intervenientibus supersedebant, ut infectae maneant, et ipsi quidem dotis commoda lucrentur, uxores autem sine nuptiali remedio relinquantur: sancimus, nomine prius emendato, ita rem corrigi, et non ante nuptias donationem eandem vocari, sed *propter nuptias donationem.* Quare enim dotem quidem etiam constante matrimonio mulieri marito dare conceditur: donationem autem marito, nisi ante nuptias, facere non permittatur? et quae huius rei differentia rationabilis potest inveniri: cum melius erat

mulieribus propter fragilitatem sexus, quam maribus subveniri? Sicut enim dos propter nuptias fit, et sine nuptiis quidem nulla dos intelligitur, sine dote autem nuptiae possunt celebrari: ita et in donationibus, quas mariti faciunt, vel pro his alii, debet esse aperta licentia, et constante matrimonio talem donationem facere: quia quasi *antipherna* haec possunt intelligi, et non simplex donatio. Ideo enim et antiqui iuris conditores inter donationes etiam dotes connumerant. Si igitur *et nomine et substantia nihil distat a dote ante nuptias donatio:* quare non etiam ea simili modo et matrimonio contracto dabitur? Sancimus itaque omnes licentiam habere, sive prius quam matrimonia contraxerint, sive postea, donationes mulieribus dare propter dotis donationem: ut non simplices donationes intelligantur, sed propter dotem et propter nuptias factae. Simplices etenim donationes non propter nuptias fiunt, sed propter nuptias vetitae sunt, et propter alias causas, et libidines forsitan, vel unius partis egestatem, non propter ipsarum nuptiarum affectionem efficiuntur. Si igitur dote iam praestita, maritus nulla ante nuptias donatione facta, donare mulieri res maluerit, ita tamen, ut dotis quantitatem non excedant, et hoc ipsum significaverit, quod non simplicem faciat donationem, sed propter dotem iam conscriptam, et ipse ad donationem venerit, licebit hoc ei facere, et supponatur pactis dotalibus huiusmodi donatio; et si quidem hoc specialiter fuerit expressum, pacta conventa servari oportet. Sin autem donatio quidem talis facta sit, utpote dotali instrumento ante-

cedente, nulla autem pacta tali donationi post nuptias inserantur, re ipsa videatur hoc esse pactum, ut secundum dotales conventiones intelligantur, et in tali donatione pacta fuisse conventa, ut aequis passibus utraque ambulet, tam dos, quam donatio: ita tamen, ut Leoniana constitutio, quae super exactione pactionum loquitur, non in quantitate, sed in partibus, maneat in his casibus intacta, et non solum ea immutilata custodiatur, sed etiam nostra, quam de interpretatione eius fecimus, ambiguitatem eius tollentes: disparibus etenim pactionibus factis, maiorem lucri partem ad minorem deducendam esse censemus, ut eodem modo uterque minorem partem lucretur. §. 1. Similique modo, si facta quidem fuerit talis donatio, quae antea quidem *ante nuptias* vocabatur, nunc autem *propter nuptias*, non autem fuerit actis intervenientibus insinuata, licebit etiam constante matrimonio eam insinuare, nullo penitus obstaculo ex nuptiarum interventu faciendo: si enim fieri eas post nuptias concedatur, multo magis insinuari. Similique modo et ea constitutio, quam pro augendis tam dotibus, quam ante nuptias donationibus fecimus, intacta illibataque conservetur: omnibus videlicet, quae de simplicibus donationibus inter maritum et uxorem constante matrimonio, vel a veteribus, vel a nobis statuta sunt, in suo robore duraturis.

So wenig es nun nach diesem Gesetz noch einigem Zweifel unterworfen seyn kann, daß die donatio propter nuptias eine Art von dos sey, welche der Frau in Rücksicht ihres eingebrachten Brautschatzes von dem Ehemann

bestellt wird; so verschieden sind doch die Meinungen der Rechtsgelehrten über den Zweck derselben. Einige[70]) nehmen Sicherung des Brautschatzes als den Hauptzweck derselben an, weil die dos vor Justinian durch nichts weiter, als durch ein privilegium exigendi, gesichert gewesen sey. Deswegen habe die donatio ante nuptias der dos gleich seyn müssen. Ob nun wohl Justinian in seinen neuen Constitutionen für die Sicherheit des Brautschatzes besser gesorgt hat, so sey dennoch in dem Wesen der donatio propter nuptias nichts verändert worden. Justinian scheine vielmehr jenen Hauptzweck noch mehr verfolgt zu haben, indem er verordnet habe, daß der Mann die der Frau zur donatio propter nuptias angewiesenen unbeweglichen Sachen auch nicht einmal mit Einwilligung der Frau veräussern solle, und der Frau auf diesen Fall ein Vindicationsrecht gegeben habe[71]). Allein dagegen hat schon Heineccius[72]) erinnert, daß auch nicht ein einziges Gesetz im ganzen Civilrecht vorhanden sey, wodurch diese Behauptung unterstützt werden könnte, und Justinian es gewiß erwähnt, und das privilegium dotis auch auf die donatio propter nuptias übertragen haben würde, wenn der Hauptzweck derselben Sicherheit des Brautschatzes wäre. Das Gegentheil erhellet vielmehr aus eben derjenigen Constitution[73]), wodurch er dem

70) Hoffmann Differ. iuris Rom. et Germ. in doctr. de donat. p. N. §. 3. lit. b. Dabelow Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. §. 279. Weber Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1242.

71) *L. 29. C. de iure dot. Nov. LXI. Cap. 1. §. 1.*

72) Cit. Diss. Cap. I. §. 7. Vergleiche auch Koch Diss. cit. Cap. I. §. 4.

73) *L. 12. §. 2. C. Qui potiores in pignore.*

Brautschatz der Eheweiber die mit einem besondern Vorzugsrechte versehene Hypothek beylegte, in welcher es ausdrücklich heißt: Haec autem tantum ad dotem sancimus, non ad ante nuptias donationem, quam suo tempori servire disponimus, et habere inter creditores sui temporis ordinem. *Non enim pro lucro fovemus mulieres, sed ne damnum patiantur, suisque rebus defraudentur, curamus.* Wie hätte der Gesetzgeber das ein lucrum nennen können, was der Frau zur Sicherheit ihres Heyrathsguts bestellt wird? Oder kann man etwa Hypothek und Capital zugleich fordern? Nun erlaubt aber Justinian der Frau in dem Falle, da der Mann verarmt, und sie sich und ihre Kinder selbst versorgen muß, beydes, ihr Heyrathsgut und die donatio propter nuptias in Anspruch zu nehmen, und sich aus den Einkünften dieser Güter den Unterhalt zu verschaffen [74]. Andere [75]) verbinden mit dem Zweck der Sicherheit auch noch den der Compensation, oder Vergeltung auf den Fall, da der Brautschatz zu Grunde geht, oder dem Manne nach dem Gesetz oder vermöge Vertrages zufällt. Noch andere [76]) nehmen den Zweck der Compensation oder Remuneration zum alleinigen Zweck der donatio propter

74) *L.* 29. *C. de iure dot.*

75) LAUTERBACH cit. Diss. §. 8. et 17. VINNIUS Comm. ad §. 3. I. de donation. VOET Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 21. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 475. *Chr. Aug.* GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 420. *Iud. Thadd.* ZAUNER Introd. in ius Digestor. P. I. Lib. II. Tit. VI. §. 17.

76) *Hug.* DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. XIV. cap. 9. *Franc.* BROEUS Exposit. in Institut. Justin. Imp. ad §. ult. de donat. pag. 307. *Em.* MERILLIUS Comm. ad §. 3. I. eodem.

nuptias an. Allein wie kann das eine Vergeltung des Heyrathsgutes genennt werden, wenn die Frau, im Falle der Mann vor ihr stirbt, die donatio propter nuptias neben ihrer *dos* lucrirt? oder wenn die Frau wegen Ehebruchs das Heyrathsgut verwirkt hat, und der Mann in demselben Falle die donatio propter nuptias verliert? Wäre dieß nicht eine unerhörte poenae compensatio? Eine besondere Meinung hat Fried. Esaias von Pufendorf [77]). Er sagt, die donatio propter nuptias sey ein Gewinn, welchen die Frau nach getrennter Ehe zugleich mit dem Heyrathsgute in dem Falle erhält, da Kinder aus dieser Ehe vorhanden sind, den hingegen die Frau in dem entgegengesetzten Falle anders nicht fordern kann, als wenn ihr solcher in den Ehepacten ausdrücklich ist ausgesetzt worden. Der Zweck derselben soll nach dieser Meinung seyn, theils den Trieb zur Kinderzeugung in der Frau zu vermehren, theils aber auch zugleich dadurch der Willkühr der Ehescheidungen und Repudien ein Ziel zu setzen, weil diese den Verlust der dos und donatio propter nuptias nach sich ziehen. Abweichend davon ist die Ansicht derjenigen [78]), welche die donatio propter nuptias für eine Freygebigkeit halten, welche der Mann unter derselben suspensiven Bedingung gegen die Frau ausübt, unter welcher sie ihm auf den Todesfall einen Gewinn an ihrem eingebrachten Heyrathsgute ausgesetzt hat. Die meisten Rechtsgelehrten [79]) stimmen endlich darin mit

77) Observation. iuris Rom. Tom. II. Obs. 39.

78) S. *Lud. God.* Madihn Princip. iuris Rom. P. III. §. 393. und *a* Winterfeld cit. Diss. histor. iur. civ. de donationib. propter nupt.

79) Heineccius cit. Diss. Cap. I. §. 7—11. Grolman cit. Commentat. Cap. I. §. 2. sqq. Heinr. Georg Wit-

einander überein, daß die donatio propter nuptias eben so, wie die dos, die Bestreitung der Ehestandslasten zum Zweck habe, und also damit dasjenige angezeigt werde, was der Frau, welche ein Heyrathsgut eingebracht hat, von dem Manne, oder in dessen Namen von einem Andern ausgesetzt wird, um im Falle des Unvermögens des Mannes sowohl sich, als ihren Mann und ihre Kinder davon ernähren zu können. Der Hauptbeweis für diese Meinung wird aus der *L.* 29. *Cod. de iure dotium* genommen, wo Justinian für den Fall, da der Mann während der Ehe verarmt, Folgendes verordnet.

Ubi adhuc matrimonio constituto maritus ad inopiam sit deductus, et mulier sibi prospicere velit, resque sibi suppositas pro dote, et ante nuptias donatione, rebusque extra dotem constitutis tenere, non tantum mariti res ei tenenti, et super his ad iudicium vocatae, exceptionis praesidium ad expellendum ab hypotheca secundum creditorem praestamus: sed etiam si ipsa contra detentatores rerum ad maritum suum pertinentium, super iisdem hypothecis aliquam actionem secundum legum distinctionem 80) moveat, non obesse

tich Syst. des heutigen Civilrechts. 2. B. (Frankf. a. M. 1805.) §. 209. S. 69. Thibaut System des Pandectenrechts. 1. B. §. 454. Theod. Maxim. Zachariä Institutionen des römischen Rechts (Breslau 1816.) Lib. II. Tit. 7. S. 448. Alb. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 694. d. 3. Ausg. *Car.* Einert Diss. de donationib. propter nuptias. Cap. I. §. 2. Roßhirt Grundlinien des Röm. Rechts (Heidelberg 1824.) §. 30. S. 110. f.

80) Thalelaeus erklärt diese Worte in den *Basilic.* T. IV. pag. 655. Schol. h. folgendermaßen: εἰ μὲν γὰρ περὶ

ei matrimonium adhuc constitutum sancimus, sed ita eam posse easdem res vindicare, vel a creditoribus posterioribus, vel ab aliis, qui non potiora iura legibus habere noscuntur, ut potuisset, si matrimonium eo modo dissolutum esset, quo dotis et ante nuptias donationis exactio ei competere poterat: ita tamen, ut eadem mulier nullam habeat licentiam eas res alienandi vivente marito, et matrimonio inter eos constituto: *sed fructibus earum ad sustentationem tam sui, quam mariti filiorumque, si quos habet, abutatur.*

Man beruft sich ferner auf die *L.* 20. *C. de donat. ante nupt.* wo Justinian sagt, es sey öfters geschehen, daß Ehemänner ihre Weiber dadurch hintergangen hätten, daß sie die ihnen bestellten donationes ante nuptias absichtlich nicht hätten gerichtlich insinuiren lassen, damit sie nur nicht gelten möchten, et ipsi quidem dotis commoda lucrentur, *uxores autem sine nuptiali remedio relinquantur.* Diese letzteren Worte werden so erklärt, daß auf solche Art die Weiber nichts gehabt, wodurch sie in Bestreitung der Ehestandslasten wären unterstützt worden, während die Männer zu diesem Zweck die Vortheile der dos genossen [81]) hätten. Das Wort *remedium* be-

τῆς προικὸς ἐνάγει, προτιμᾶται τῶν ἀρχαιοτέρων καὶ τῶν μεταγενεστέρων δανειστῶν. ἐὰν δὲ περὶ τῆς προγαμιαίας δωρεᾶς, οὐκέτι αὐτῶν προτιμᾶται. i. e. *Nam si quidem de dote agat, praefertur antiquioribus et posterioribus creditoribus, sin autem agat de donatione ante nuptias, eis non praefertur.*

81) S. Grolman cit. Diss. Cap. I. §. 5.

deute also hier soviel als Beyhülfe, Hülfsmittel[82]). Noch mehr aber werde diese Meinung dadurch bestärkt, daß die donatio propter nuptias *antipherna*, d. h. dos contraria genennt werde, welche dem Namen und der Substanz nach gar nicht von der dos unterschieden sey. Denn deutlicher hätte wohl der Gesetzgeber den Zweck der donatio propter nuptias nicht ausdrücken können. Hierzu komme denn noch endlich, daß auch in den neuern Gesetzen des Kaisers Justinian, z. B. in der Novelle *XXII.* Kap. 20. §. 2. *Nov. LXI. Cap.* 1. §. 3. und *Nov. XCVII. Cap.* 1. die donatio propter nuptias der dos gleichgesetzt werde, welche doch keinen andern Zweck, als Bestreitung der ehelichen Lasten, habe.

Es ist allerdings aus diesen Gründen nicht zu läugnen, daß die donatio propter nuptias der Frau auch dazu diene, um in dem Falle, da der Mann während der Ehe verarmt, und dadurch ausser Stand gesetzt wird, die Lasten der Ehe ferner zu bestreiten, sich, den Mann und ihre Kinder davon zu ernähren. In dieser Hinsicht hat diese donatio gleichen Zweck mit der dos, und kann also als eine dos mariti betrachtet werden. Sie steht der dos uxoris gegen über (antipherna). Allein daß ihr Hauptzweck sey, der Frau dadurch für die nöthigen Lebensbedürfnisse Gewährschaft zu verschaffen, wenn sie im Falle der Verarmung ihres Mannes, in die Lage kommen sollte,

82) Schorch in Diss. cit. de donat. propter nuptias Rom. §. 3. versteht unter *nuptiale remedium* die der Frau aus dem Ehevertrage zustehende Klage, das lucrum donationis propter nuptias zu fordern. Andere verstehen unter nuptiale remedium die donatio propter nuptias selbst. J. B. Hoffmann cit. Diss. pag. 17. welches sich jedoch nicht erweisen läßt.

solche selbst bestreiten zu müssen, läßt sich nicht vollkommen damit vereinigen, wenn die donatio propter nuptias in den Gesetzen überall als ein Gewinn der Ehefrau angesehen wird [83]. Dieß ist sie nun aber gerade in dem Falle am wenigsten, wo die Gesetze der Frau erlauben, die ihr zur donatio propter nuptias ausgesetzten Güter des Mannes in Anspruch zu nehmen, nämlich wenn der Mann während der Ehe verarmt. Denn sie darf, so lang der Mann lebt, und die Ehe dauert, von diesen Gütern nichts veräußern, sondern hat nur die Nutznießung derselben, welche sie zu ihrem, ihres Mannes, und ihrer Kinder Unterhaltung verwenden muß [84]. Der Gewinn der donatio propter nuptias tritt erst nach getrennter Ehe ein.

L. 9. C. de pactis conventis. Ex morte cuiuscunque personae, sive mariti, sive mulieris, eandem partem, — tam virum ex dote, *quam mulierem ex ante nuptias donatione lucrari decernimus.* — Hoc tamen observandum est, ut quantam partem mulier stipuletur *sibi lucro cedere ex ante nuptias donatione*, si priorem maritum mori contigerit, tantam et maritus ex dote partem — stipuletur sibi, si constante matrimonio prior mulier in fata collapsa fuerit.

L. 29. in fin. C. de iure dot. — Ipsis etiam marito et uxore *post matrimonii dissolutionem* super dote et ante nuptias donatione, pro dotalium instrumentorum tenore, *integro suo iure potituris.*

83) *L. 12. §. 2. C. Qui potiores in pign.* — non enim pro lucro fovemus mulieres. *Nov. LXI.* Cap. I. §. 3. — ut *lucrum* illi omnino in tuto positum sit.

84) *L. 29. Cod. de iure dotium.*

Nov. XXII. Cap. 20. *pr.* Quare sive morte viri, sive obitu mulieris matrimonium solvatur, dos quidem secundum pactum, quod nuptialibus instrumentis continetur, *lucro* viri, *donatio vero propter nuptias mulieri cedat*; prout etiam hic ab initio contrahentibus visum fuerit. — §. 1. Matrimonio igitur omnibus solutionibus praecedentibus dissoluto, felix quidem et beatus uterque contrahentium est, si in priori matrimonio maneat, nec sobolem suam, sequentibus forte matrimoniis, tristitia afficiat. Et si hoc faciant, ac in priori matrimonio permaneant, sua habebunt; hoc est, mulier dotem, et vir donationem propter nuptias, — *lucra* quoque accipiant, vir quidem ex dote, *mulier vero ex donatione propter nuptias:* illaque erunt eis *propria*, nec in ullo fere a reliquis eorum bonis differant. Unde quoad vivent plenam ea alienandi facultatem habebunt, sicut in aliis, quae ab initio propria habuerunt. Si vero moriantur, licet ipsis per legata et fideicommissa res illas ad alios transferre.

Nach diesen Gesetzen scheint also unter der Benennung der *donatio propter nuptias* vielmehr dasjenige Vermögen bezeichnet zu werden, welches der Mann in dem Falle, da er das Heyrathsgut der Frau ganz oder zum Theil lucrirt, oder auch wohl in seinem Namen ein Anderer, der Frau aus seinen Gütern, gleichsam als eine gegenseitige dos, in einem dem eingebrachten Heyrathsgute gleichem Werthe, dergestalt aussetzt, daß sie solches nach getrennter Ehe zugleich mit ihrem Heyrathsgute zum Gewinn haben solle, eben so, wie der Ehemann, wenn die Frau vor ihm stirbt, ihr Heyrathsgut lucrirt; welches ihr aber auch zu

gleich den Vortheil gewährt, daß sie dasselbe schon während der Ehe, wenn der Mann verarmt, in Anspruch nehmen kann, um aus den Einkünften deßelben die Lasten der Ehe bestreiten zu können.

Außer den bereits angeführten Stellen des römischen Rechts verdienen noch folgende bemerkt zu werden.

L. 20. pr. C. de donat. ante nupt. Sancimus itaque, omnes licentiam habere, sive prius, quam matrimonia contraxerint, sive postea, donationes mulieribus dare *propter dotis donationem:* ut non simplices donationes intelligantur, sed *propter dotem*, et *propter nuptias* factae.

Nov. II. Cap. 6. Si matrimonium quidam ineant dotis et donationis ante nuptias instrumentis confectis, ac vir quidem donationem propter nuptias constituat, mulier vero dotem inferat, et vel ipsa eam constituat, vel pater aut extraneus aliquis det, deinde per totum matrimonii tempus marito dotem non solutam esse, ipsum vero matrimonii onera sustinere appareat, *et matrimonium morte viri solvatur, nequaquam iustum erit, mulierem, quae marito dotem non dedit, donationem ante nuptias accipere.* Quodsi totam non dederit, ipsa quoque donationem eatenus petat, quatenus dotem dedit.

Nov. XCI. cap. 2. Si mulier dotem debeat, eamque vel ipsa forte, vel qui eam pro ipsa praestat, quicunque ille fuerit, sive propinquus, sive extraneus, dare voluerit, ita ut aut profectitia, aut adventitia sit dos, — vir autem, vel forte pater eius, vel avus eam accipere nolit, mulier

vero denunciet, eamque solvere parata sit, vel, quod etiam maius est, faciat, et forte offerat, et si mobilis sit, sigillis impositis secundum legem deponat, vel sola iudicium ingressa hoc fieri petat, — attamen et sic ille differat: *non potest soluto matrimonio solutionem donationis ante nuptias, tanquam dote non data declinare.* Qui enim dare voluit, eo, qui accipere rogatur, acceptationem recusante, similis est illi, qui dedit. — *Quemadmodum enim illi, si dotem per dilationem non dederit, donationem ante nuptias denegamus: ita licet dare velit, et ille, qui accepit, de industria accipere recuset, damus illi, matrimonio soluto, donationis ante nuptias petitionem, etsi dotem propter viri culpam non intulerit.*

Nov CXIX. Cap. 1. Ut *donatio propter nuptias specialis contractus sit*, et iudicetur, nec reliquis donationibus annumeretur, hac lege sancimus, *quoniam pro ea aequalis dos datur.*

Aus allem ergiebt sich nun soviel.

1) Die donatio propter nuptias setzt das Einbringen eines Heyrathsguts als nothwendige Bedingung voraus. Eine Frau, welche keine dos inferirt hat, kann daher auch keine donatio propter nuptias verlangen, außer wenn sie ein Heyrathsgut einzubringen bereit war, der Mann aber, oder desselben Vater die angebotene dos anzunehmen verweigerte, und die Frau dieselbe, sofern sie in einer beweglichen Sache besteht, gerichtlich deponirte, oder wenigstens bey Gericht um Deposition bat [85].

85) *Nov.* 2. *cap.* 5. *Nov.* 91. *cap.* 2.

2) Die donatio propter nuptias wird der Frau propter donationem dotis, und also in einem solchen Falle bestellt, wo der Mann das Heyrathsgut nach getrennter Ehe lucrirt [86]). Nur in diesem Falle kann sie die Frau von Rechts wegen fordern [87]). Sie ist daher keine bloße Schenkung; denn diese gelten unter Ehegatten nicht; sondern eine donatio *propter dotem* facta, und daher unwiderruflich: quoniam pro ea aequalis dos datur [88]). In dieser Hinsicht heißt sie *antipherna, ἀντιφέρνη*, dos mutua, a marito uxori data [89]). Sie muß daher auch

3) den Heyrathsgute am Werthe gleich seyn, auch wenn dasselbe einen Zuwachs erhält, verhältnißmäßig vermehrt werden, darf aber niemals die Größe der dos und des Zuwachses derselben übersteigen [90]).

Nov. XXII. *Cap.* 20. Nec prohibitae quidem sint dationes quantitate inaequales, prohibita vero sint inaequalia pacta, quod fortissimus quidem Leo in legibus suis recte scripsit, nos vero id ab eo accipientes clarius adhuc constituimus. Si enim alter quidem plus, alter vero minus *de lucro* paciscatur, incertum est, quid obtinere oporteat, utrum id, quod plus, an quod minus est, re ab utraque parte aeque dubia. Quare nobis omne id, quod modum excedit, aversantibus, visum fuit, quod

86) *L.* 20. *C. de donat. ante nupt.*

87) S. Madihn Princip. iur. Rom. P. III. §. 395.

88) *Nov. CXIX. cap.* 1.

89) *L.* 20. *C. cit.*

90) S. Cujacius Exposit. Nov. XCVII.

in pacto plus est, ad minus redigere, ne huic quidem tertiam, illi vero quartam forte lucri partem pacisci liceat, sed si quid tale fiat, in utroque accipiatur, et deinde similiter in partibus, non tamen in conventa utrimque quantitate.

Nov. XCVII. Cap. 1. Hoc igitur ante omnia corrigimus, ut in dotibus et donationibus propter nuptias, tam in iis, quae dantur, quam in stipulationibus pacta aequalia sint: et tantam quantitatem vir scribat, quantam mulier, tantum quoque lucri stipuletur, et pro ea parte, quam voluerint: modo aequales sint partes. Alias enim iustitiae et aequalitatis ratio non servabitur, si, ut in commerciis solet, sese mutuo circumscribant, et aequales quidem stipulationes facere videantur, revera tamen inaequalis effectus maneat, non eadem quantitate in illis, quae data sunt, constituta.

Cap. 2. Dedimus etiam licentiam — augmenta faciendi, tam viro quam mulieri id permittentes, sive ambo, sive alter horum augmentum facere velint. Primum igitur, ne quae circumscriptio fiat, illud sancimus, ut, si quis dotem vel donationem propter nuptias augere voluerit, non liceat huic quidem id facere, illi vero in prioribus manere, *sed uterque omnino augmentum faciat, neque res in voluntate, quemadmodum antea, sed necessitate consistat: semper tamen quantitas aequalis sit.*

4) Die donatio propter nuptias läßt sich ohne eine Ehe so wenig, als das Heyrathsgut gedenken; ist sie also vor der Ehe bestellt worden, so enthält sie die still-

schweigende Bedingung, wenn die Ehe wirklich erfolgt [91]). In dieser Beziehung versteht die Glosse, wenn Justinian sagt, die donatio propter nuptias sey der Substanz nach von der dos nicht unterschieden [92]).

5) Die donatio propter nuptias kann nicht nur von dem Manne, sondern auch von einem Andern für ihn bestellt werden [93]). Es kann auch hier eben so, wie bey der dos, eine rechtliche Nothwendigkeit zur Bestellung derselben eintreten. Denn so ist der Vater eben so für den Sohn eine donatio propter nuptias zu bestellen schuldig, als er der Tochter ein Heyrathsgut zu geben verbunden ist. Die Worte der *L.* 7. *Cod. de iure dot.* Neque enim leges incognitae sunt, quibus cautum est, *omnino paternum esse officium, dotem vel ante nuptias donationem pro sua dare progenie*, lassen hierüber keinen Zweifel übrig, und die Anfangsworte dieser Constitution: Si pater — pro filio ante nuptias donationem fecerit, habeat autem filius, *vel in potestate constitutus, vel forte emancipatus*, res maternas, etc. berechtigen uns auch hier eben so, wie bey der dos [94]), anzunehmen, daß kein Unterschied sey, ob der Sohn sich noch in der väterlichen Gewalt befindet, oder nicht [95]). Nach dieser Analogie läßt sich auch be-

91) §. 3. *I. de donat.*

92) *L.* 20. *C. de donat. ante nupt.*

93) *L.* 19. *L.* 20. *C. eadem. Nov. CXIX. Cap.* 1.

94) S. §. 1231. S. 62. ff.

95) Das Gegentheil behaupten jedoch Bachov. Not. ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. VII. Th. 2. lit. C. verb. *Emancipata*, und Lauterbach Disp. de donat. propter nupt. Th. 25.

haupten, daß die Mutter in dem Falle, wo sie den Töchtern einen Brautschatz zu geben verpflichtet, auch für den Sohn eine donatio propter nuptias zu bestellen verbunden sey [96].

6) Die donatio propter nuptias muß zwar gerichtlich insinuirt werden, wenn sie die Summe von fünfhundert Solidis, oder Ducaten, übersteigt; doch nur um des Mannes willen, damit dieser, wenn die Frau vor ihm stirbt, das Heyrathsgut lucrire, so wie es ihm auf diesen Fall in den Ehepacten ausgesetzt worden ist. Der Frau hingegen schadet die Unterlassung der gerichtlichen Insinuation auf keinen Fall, sondern diese erhält, wenn der Mann vor ihr stirbt, die ihr auf diesen Fall ausgesetzte donatio mit ihrer dos, sie mag gerichtlich insinuirt worden seyn, oder nicht, wie sich aus der *Nov. CXXVII. Cap.* 2. ergiebt, wo Justinian sagt:

Cum etiam illud correctione aliqua dignum iudicemus, id partem huius legis facimus [97]. Ipsa enim rerum experientia invenientes, necessarium esse mulieribus, ut actis donationes ante nuptias insinuentur, quo, amissis licet instrumentis principalibus, ex actis probatio matrimonii in promptu sit: sancimus, *ut ipsis viris, vel qui donationem ante nuptias vel propter nuptias pro illis*

96) S. Lauterbach Diss. de donation. propter nupt. §. 28.

97) Nach der *Nov. CXIX. Cap.* 1. war gar keine gerichtliche Insinuation nöthig, sondern die donatio propter nuptias war sowohl in Ansehung der Frau, als des Mannes gültig, sie mochte gerichtlich insinuirt worden seyn, oder nicht. Dieß ist durch die *Nov. CXXVII. Cap.* 2. blos in Ansehung des Mannes abgeändert worden.

scribunt, si quingentorum solidorum quantitatem excedat, eam actis confectis insinuare necesse sit: in Regia quidem urbe apud Magistrum census; in provinciis autem apud civitatis cuiusque defensorem, vel apud quos talia monumenta confici possunt. *Quod si eas non insinuent, quantum ad mulierem, etiam sic illas valere iubemus:* et si tempus venerit exigendae donationis [98]) vel partis eius, *non obstet mulieri, donationem insinuatam non esse* [99]). Sin autem pacta dotalia eorumque eventus tribuant viro exactionem dotis, vel etiam partis eius, iubemus, *ut nullam is actionem habeat, si donationem actis confectis*, sicut dictum est, *non insinuaverit* [100]). Nam cum viri potestatem

98) Hombergk übersetzt hier ganz unrichtig, exigendae *dotis*, im griechischen Text heißt es: τῆς ἀπαιτήσεως ἡμῖν δωρεᾶς.

99) Im Griechischen heißt es: τὸ μὴ ἐμφανισθῆναι τὴν δωρεάν. Hombergk übersetzt auch dieses unrichtig: *dotem* insinuatam non esse.

100) *Jac.* Cujacius Observation. Lib. XXVII. Cap. 40. meint jedoch, die gerichtliche Insinuation werde auch auf Seiten des Mannes, nicht sowohl zur Gültigkeit, als um des Beweises willen erfordert, ut ex monumentorum gestis quasi fide publica probari possit conventio nuptiarum. Könnte also der Beweis auf andere Art geführt werden, so sey die donatio propter nuptias auch in Ansehung des Mannes ohne gerichtliche Insinuation gültig. Allein käme es blos auf den Beweis an, so wären auch wohl dazu die instrumenta dotalia hinreichend. Das Gegentheil wird nun aber gerade in den Worten gesagt: Εἰ δὲ, τὰ τῶν προικώων σύμφωνα καὶ αἱ τούτων ἀποβάσεις τῷ μέρει τοῦ ἀνδρὸς δῷ

insinuandi donationes habeant, *absurdum nobis videtur, si ex eo, quod non insinuatae sint, mulieribus periculum immineat.*

7) Soviel die rechtlichen Wirkungen der donatio propter nuptias anbetrifft, so bestehen sie darin.

a) So lange die Ehe dauert, und der Mann die Lasten dieses Standes selbst trägt, gehört ihm Besitz und Eigenthum der zur donatio der Frau angewiesenen Güter. Er zieht auch die Nutzungen davon, wie von dem Heyrathsgute der Frau, um die Lasten der Ehe davon zu bestreiten. Einige Rechtsgelehrten [1]) sind zwar der Meinung, daß der Frau während der Ehe eben die Rechte an der donatio propter nuptias zuständen, welche der

τὴν ἀπαίτησιν τῆς προικὸς, ἢ καὶ μέρους αὐτῆς, οὐδεμίαν αὐτὸν ἔχειν κελεύομεν ἀγωγὴν, ἐὰν μὴ τὴν δωρεὰν ἐνεφάνισε, πραττομένων ὑπομνημάτων. *Si vero pacta dotalibus instrumentis inserta, et horum eventus, dotis aut etiam partis eius exactionem viro concedant, nullam eum actionem habere iubemus, si donationem apud acta non insinuaverit.* Soll also dem Mann keine Klage zustehen, um den ihm auf den Todesfall der Frau in den Ehepacten ausgesetzten Gewinn am Heyrathsgute zu fordern; so kann wohl der bloße Beweis aus der Urkunde derselben den Mangel der gerichtlichen Insinuation auf Seiten des Mannes nicht ersetzen, wie sich noch mehr aus dem am Schluße beygefügten Grunde ergiebt.

1) S. *Hug.* DONELLUS Commentarior. de iure civili Lib. XIV. cap. 9. und *Jos. Fernand. de* RETES de donationibus acad. Relectio. Cap. XXII. §. 18. (in *Novo Thes. iuris civ. et canon.* Ger. MEERMAN. Tom. VI. pag. 657.)

Mann an dem Heyrathsgute der Frau hat. So wie daher dem Manne die fructus dotis gehörten, so genieße dagegen die Frau die Einkünfte aus den ihr zur donatio propter nuptias angewiesenen Sachen. Man sagt, dieß bringe die omnimoda aequalitas mit sich, welche nach allen angeführten Constitutionen des Kaisers Justinian zwischen der dos und der donatio propter nuptias Statt haben solle. Dann aber sage ja Justinian ausdrücklich [2]) die donatio propter nuptias sey eine dos reciproca, a dote uxoris neque nomine neque substantia diversa. Nun bestehe aber die Substantia dotis gerade darin, daß der Mann die fructus dotis lucrire, um die Lasten der Ehe davon zu bestreiten. Der Frau müße also auch ein gleiches Recht an der donatio propter nuptias zustehen. Hierzu komme, daß eine solche donatio nach der Verordnung des Kaisers Constantin [3]) von einem noch minderjährigen Ehemann nicht ohne obrigkeitliches Decret und Einwilligung des Curators bestellt werden könne. Wenn nun der Mann den Besitz und Genuß davon während der Ehe behielte, so verlöre er ja nichts dabey. Man müsse also annehmen, der Mann habe die Früchte veräussert. Allein dagegen hat schon Oswald Hilliger [4]) mit Grund erinnert, daß auf solche Art dem Manne, dem doch die Lasten der Ehe obliegen, in der That die fructus dotis vereitelt werden würden, wenn er eben soviel, als er genießt, der Frau dagegen überlassen müßte, ohne daß diese an den Lasten der Ehe

2) *L.* 20. *C. de donat. ante nupt.*

3) *L.* 22. *C. de administr. tutor. vel curator.*

4) Donellus enucleat. Tom. I. Lib. XIV. Cap. 9. litt. C. pag. 1172.

Antheil nehmen darf. Hätte die Frau das ihr von dem Manne zur donatio propter nuptias ausgesetzte Vermögen selbst im Besitz und Genuß, wozu war es nöthig, ihr durch ein gesetzliches Pfandrecht an dem Vermögen des Mannes, deswegen Sicherheit zu verschaffen [5]? Es ist auch kein Gesetz vorhanden, welches der Frau während der Ehe eben die Rechte an der donatio propter nuptias giebt, die dem Ehmann an dem Heyrathsgute der Frau zustehen. Die *L. 29. pr. C. de iure dotium* erlaubt wenigstens nur in dem Falle der Frau, die donatio propter nuptias mit ihrer dos schon während der Ehe zu fordern, wenn der Mann verarmt, und sie in die Lage kommt, die Lasten der Ehe selbst übernehmen zu müssen; zum offenbaren Beweise, daß so lange der Mann die Lasten der Ehe trägt, ihm auch die fructus donationis propter nuptias gehören. Es folgt auch daraus, daß Justinian sagt, die donatio propter nuptias sey weder dem Namen noch der Substanz nach von der dos der Frau unterschieden, keinesweges, daß der Frau deswegen die fructus gehören müßten, vielmehr das Gegentheil; weil die donatio mit der dos gleichsam eine Masse ausmacht [6]. Und die vollkommene Gleichheit, welche zwischen der dos und der donatio propter nuptias Statt finden soll, geht nur auf den Gewinn, welcher erst nach getrennter Ehe den Ehegatten zu Theil wird. Daß endlich, in dem Falle, da der Mann noch minderjährig ist, die Bestellung der donatio propter nuptias ein Decret der Obrigkeit und die Einwilligung

5) S. den 19. Th. dieses Commentars §. 1088. S. 126. f.

6) Nov. XXII. cap. 23. in fin. Grolman cit. Diss. Cap. 1. §. 18. Einert Diss. de donat. propt. nupt. Cap. I. §. 2.

des Curators erfordert, hat gewiß nicht seinen Grund darin, weil die Frau schon während der Ehe die Früchte derselben genießt, sondern weil die Bestellung einer donatio propter nuptias eben so, wie die Bestellung einer dos, überhaupt eine Art der Veräußerung ist [7]).

Der Mann darf jedoch die der Frau zur donatio propter nuptias angewiesenen Grundstücke weder veräußern, noch verpfänden. Eine solche Veräußerung oder Verpfändung ist schlechterdings nichtig, wenn sie auch mit Einwilligung der Frau geschehen seyn sollte, es wäre denn, daß sie nach zwey Jahren die geschehene Veräußerung durch wiederholte Genehmigung nochmals bestätigt hätte, und auch selbst in diesem Falle schadet ihr ihre Einwilligung nur alsdann, wenn noch andere Sachen vorhanden sind, aus denen sie wegen der ihr ausgesetzten donatio propter nuptias entschädiget werden kann. Es gehört hierher die *Nov.* LXI. *Cap.* 1. wo Justinian verordnet.

Et sancimus, si quis donationem ante nuptias, seu propter nuptias conscripserit, (ita enim eam appellandam esse sancivimus) sive ipse pro se hoc faciat, sive alius scribat, vel pater, vel mater, vel cognati, vel etiam forte extranei scribant; si quis igitur hoc fecerit, et donationem scripserit, in qua immobiles quoque res sunt, interdicimus ei, *ne rem in donationem ante nuptias datam inposterum vel pignori obliget, vel plane alienet.* Quod enim semel vinculis donationis ante nuptias constrictum est, alienare non decet: ut mulier, *obveniente forte* LUCRO, *quod illi donatio ante nuptias confert*, indi-

7) S. CUJACIUS Recitat. solem. in Codic. ad Tit. 37. Lib. V. a verb. *Hodie ex edicto novo.*

gnetur, si rem non in bonis mariti, sed vel alienatam, vel aliis, iisque potentibus forte obligatam, inveniat, ut propter eiusmodi causas vel ad vindicationem aditus illi plane non pateat, vel ea difficilis sit, et iudicio egeat, unde sibi auxilium quaerat.

§. 1. Quapropter hoc observetur, et qui imposterum contraxerit, sciat, sive emerit, sive hypothecae titulo acceperit, nullam se omnino ex his rebus utilitaten habiturum, *sed pro non scriptis et non dictis habenda esse, quae de hoc scripta vel conventa sunt: et mulieri* LUCRUM *servetur.* — Neque vias quasdam inveniant illi, qui arte quadam constitutas hypothecas accipiunt, efficientes, ut mulieres consentiant, atque ita iuribus suis excidant. *Consensus enim eiusmodi rebus, vel hypothecae, vel emtioni, vel alii alienationi datus, accipientem nihil plane iuvet, si vel maxime consensus adsit.* Sed quemadmodum de intercessionibus scripsimus, *biennio elapso aliam rursus confessionem scribendam esse, quae consensum confirmet, et tum ratum esse, quod factum sit; ita hic quoque fiat.*

§. 3. Verum tamen neque hoc simpliciter concedimus, sed mulierem damno, quod ex secundo consensu oritur, tum demum subjicimus, *quando aliae res adsunt, ex quibus mulieri satisfieri possit, si res, quae in donatione ante nuptias continetur, vel res immobiles alienationis aut obligationis nomine ab alio detinentur.* Alioquin si nil aliud supersit, ne sic quidem permittimus, ut mulier damnum sustineat. Quin licet bis, aut saepius consenserit,

causa ad rationem intercessionis referatur, *et* LUCRUM *illi omnino in tuto positum sit, si nil aliud superesse appareat, quod ad quantitatem donationis ante nuptias sufficiat.* Et haec dicimus non solum ut *mulieribus* prospiciamus, sed multo magis etiam *viris*, qui talia faciunt: si quidem in multis et fere plurimis casibus res donationis ante nuptias communibus liberis servantur: ac rursus in substantia viri et successionis eius per hanc observationem maneant, ut lex et viro et mulieri hac ratione utilis sit.

Es ist hier sehr merkwürdig, daß die ganze Absicht des Gesetzgebers bey dem Verbote der Veräußerung blos dahin gerichtet ist, der Frau den Gewinn zu sichern, welchen sie, ohne Zweifel auf den Fall der Trennung der Ehe, aus der donatio propter nuptias zu hoffen hat. Zugleich aber wird hier auch auf die Kinder Rücksicht genommen, welchen die Eltern doch gewöhnlich das Vermögen zu erhalten suchen; und da durch diese Verfügung die zur donatio p. N. ausgesetzten Güter auch in dem Vermögen des Mannes bleiben, so ist auf solche Art durch dieses Gesetz für Mann und Frau gesorgt. Aus allem ergiebt sich nun soviel, daß das Recht der Frau an der donatio propter nuptias während der Ehe ruht, so lange der Mann die Lasten der Ehe trägt. Von einem Eigenthume der Frau während der Ehe kann schon darum nicht die Rede seyn, weil ihr der Gewinn aus der donatio propter nuptias erst nach getrennter Ehe zu Theil wird, dessen Erwerb also noch von der Bedingung abhängt, daß die Frau den Mann überlebt [8]). Während

8) *Nov. XXII. Cap.* 20. Besonders wird §. 1. gesagt: Matrimonio — dissoluto — si in priori matrimonio

der Ehe kann die Frau nur dann auf den Besitz des ihr zur donatio propter nuptias ausgesetzten Vermögens Anspruch machen, wenn der Mann verarmt. Sie darf aber nichts davon veräußern, sondern sie muß die daraus zu ziehenden Früchte zu ihrem und ihres Mannes und ihrer Kinder Unterhalt verwenden. In diesem Falle kann sie ihr Pfandrecht auch gegen die Gläubiger ihres Mannes verfolgen, insofern sie der Frau mit ihrer Hypothek nachstehen [9]). Mit Recht sagte daher die der *L. 20. pr. C. de donat. ante nupt.* beygefügte *Authentica:* Permissa est et *in rem actio* pro tali donatione mulieri adversus omnes possessores; und wenn gleich einige [10]) die gesetzliche Hypothek der Frau in Rücksicht der donatio propter nuptias zu bestreiten gesucht haben; so ist dieses doch nur aus ganz unzureichenden Gründen geschehen, welche schon längst an einem andern Orte [11]) widerlegt worden sind. Wie deutlich giebt nicht Justinian in der *L. 12. §. 2. C. Qui potior. in pignore* und in der Novelle *CIX.* Kap. 1. den Unterschied an zwischen der Hypothek, welche er der Frau wegen ihres Heyrathsguts, und derjenigen, die er ihr wegen der donatio propter

permaneant, sua *habebunt*, (ἕξουσι τὰ οἰκεῖα), hoc est, mulier dotem, et vir donationem propter nuptias, — lucra quoque *accipient* (λήψονται δέ τὰ κερδη) vir quidem ex dote, mulier vero ex donatione propter nuptias, *illaque erunt eis* PROPRIA. (καὶ ἔσονται ταῦτα αὐτοις οἰκεῖα).

9) *L. 29. C. h. t. Basilica* Tom. IV. pag. 732.

10) J. B. Reinharth Diss. de uxore in donatione propter nuptias neque dominium neque hypothecam tacitam habente. *Erfordiae* 1729.

11) S. den 19. Th. dieses Commentars §. 1088. S. 127.

nuptias gegeben hat? Daß aber auch die *L. 29. Cod. de iure dotium* nicht von einer ausdrücklichen, sondern von einer stillschweigenden Hypothek der Frau zu verstehen sey, erhellet aus der Erklärung der Griechen. In den Basiliken [12]) heißt es: Γυνὴ καὶ συνισταμένων ἔτι τῶν γάμων, ἐὰν ἄπορον ὁρᾷ τὸν ἄνδρα, δύναται ὑπὲρ προικὸς καὶ προγαμιαίας δωρεᾶς καὶ ἐξωπροίκων διακρατῆσαι την αὐτοῦ οὐσιαν ὡς ἀπὸ ὑποθήκης. Der Sinn dieser Worte ist: *Mulier, etiam constante matrimonio, si maritum videat ad inopiam deductum, pro dote, et ante nuptias donatione, rebusque extra dotem constitutis bona eius eodem iure retinere potest, ac si ista ei expresse obligata fuissent hoc nomine* [13]). Diese Erklärung bestärkt noch mehr der griechische Scholiast Theodor [14]), welcher zur Erläuterung hinzufügt: ὑποτεθεμένην γὰρ ἔχει (γυνὴ) τὴν τοῦ ανδρὸς ὀυσίαν, ἢ ἀπὸ ἰδικοῦ συμφώνου, ἢ σύμερον καὶ σιωπηρῶς. i. e. *Obligata enim habet* (mulier sc.) *bona mariti, vel ex speciali conventione, vel hodie etiam* TACITE. Besteht die donatio propter nuptias in unbeweglichen Sachen, so kommt ihr auch schon während der Ehe die Reivindication zu statten, wenn der Mann sie veräußert haben, und dadurch ausser Stand gesetzt seyn sollte, die Lasten der Ehe ferner zu bestreiten. Denn diese Klage kommt der Frau unstreitig zu, wenn nach getrennter Ehe die donatio propter nuptias ihr Eigenthum wird [15]). Nun soll sie aber vermöge der

12) Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 1. Const. 116. pag. 593.

13) S. Heineccii Diss. cit. Cap. I. §. 30.

14) *Basilic.* Tom. IV. pag. 655. Sch. g.

15) *Nov. LXI. Cap.* 1. verbunden mit der Not. 7. angeführten *Nov. XXII. cap.* 20.

L. 29. C. de iure dot. in dem Falle, da der Mann verarmt, eben die Rechte verfolgen können, welche ihr zustehen würden, *si matrimonium eo modo dissolutum esset, quo dotis et ante nuptias donationis exactio ei competere poterat* [16]; nur daß sie freylich, so lange der Mann lebt, und die Ehe besteht, nichts davon veräußern darf, welches Recht ihr erst nach erfolgter wirklichen Aufhebung der Ehe zusteht [17]; sondern sie soll die Früchte zu ihrem und ihres Mannes und ihrer Kinder Unterhalt verbrauchen [18]. Des vollen Rechts, welches dem Ehemanne an der dos, und der Ehefrau an der donatio propter nuptias in den Ehepacten ist ausgesetzt worden, sollen sie erst nach Trennung der Ehe theilhaftig werden [19].

b) Wird die Ehe getrennt, und zwar

α) durch den Tod des Mannes; so tritt nun der Fall ein, auf welchen der Frau die donatio propter

16) In den *Basilic.* Tom. IV. pag. 539. heißt es: *ἀλλὰ τέως μεν λαμβάνει τὰ πράγματα, οὕτος ὡσανεὶ διελύθη ὁ γάμος, καὶ ἥρμωσεν αὐτῇ ἡ τῆς προικὸς ἀπαίτησις.* i. e. *Sed interim res sic accipit*, (mulier), *quasi solutum esset matrimonium, et dotis actio ei competeret.*

17) *Nov. XXII. Cap.* 20. §. 1. in fin.

18) Die *Basilica* haben c. l. pag. 540. *δὶ οὐδὲν γὰρ ἕτερον λαμβάνει τὰ πράγματα ἡ γυνὴ, εἰ μὴ μόνον ἵνα καρποῦται, καὶ ἀποτρέφῃ ἑαυτὴν καὶ τὸν ἄνδρα καὶ τοὺς κοινοὺς ἀυτῶν εἰ ἔχοιεν παῖδας.* i. e. *Nam nullam aliam ob causam res eas mulier consequitur, quam ut fructus earum percipiat, et tam se, quam maritum, et liberos communes, si quos habet, exhibeat.*

19) *Nov. XXII. Cap.* 20. §. 1.

nuptias in den Ehepacten ist ausgesetzt worden [20]). Nun erwirbt sie daran ein vollkommenes Eigenthumsrecht, und sie kann darüber, wie über ihr übriges Vermögen, von dem es nun gar nicht weiter unterschieden ist, nach Gefallen verfügen. Sie hat daher auch die völlige Freyheit die ihr dazu angewiesenen Sachen zu veräußern, oder auf den Todesfall durch Legate oder Fideicommisse Andern zu hinterlassen [21]). Ob Kinder aus der Ehe vorhanden sind, oder nicht, machte hierin keinen Unterschied. Den Kindern sollte nur das verbleiben, was die Mutter bey ihrem Leben nicht consumirt noch veräußert hatte [22]). Dieses verblieb ihnen aber auch nach dem Tode der Mutter, als eine Belohnung, (*γέρας ἐξαίρετον*) wenn sie auch übrigens nicht Erben derselben geworden sind; und sind sie von der Mutter zu Erben einsetzt, obgleich in ungleichen Theilen, so theilen sie dennoch die zur donatio propter nuptias gehörigen Sachen gleichheitlich unter sich [23]). Dieß hat nun aber Justinian in seinen neuern Verordnungen wieder geändert, und zwar zuerst in der Novelle *XCVIII.* Kap. 1. zu Gunsten der Kinder dahin, daß die Mutter, wenn sie auch gleich im Wittwen-Stande bleibt, doch nur den lebenslänglichen Nießbrauch haben, das Eigenthum aber den Kindern erhalten werden solle. Nachher ist auch dieses wieder in der Novelle *CXXVII.* Kap. 3. dahin abgeändert worden, daß wenn die Mutter

20) *L.* 29. *in fin. C. de iure dot. L.* 9. *Cod. de pactis convent. super dote. Nov. XXII. Cap.* 20. *pr.*

21) *L.* 29. *in fin. C. de iure dot. Nov. XXII. Cap.* 20. §. 1.

22) *L.* 5. §. 2. *et L.* 6. §. *ult. Cod. de secundis nupt.*

23) *Nov. XXII. Cap.* 20. §. 2.

nicht zur andern Ehe schreitet, dieselbe ausser dem Nießbrauche, auch noch an der Proprietät des zur donatio propter nuptias ausgesetzten Vermögens einen Kindestheil erhalten solle. Es versteht sich, daß sie ihr Heyratsgut daneben unvermindert erhält. Die donatio propter nuptias ist also ein Gewinn, welchen die Frau, ausser ihrem Heyrathsgute, aus dem Vermögen des Mannes erhält [24]). Daß sich aber die Wittwe nur im Nothfalle an die donatio propter nuptias soll halten können, wenn sie ihr Heyrathsgut aus dem Vermögen des Mannes nicht wieder bekommen kann, wie einige [25]) lehren, ist den angeführten Gesetzen nicht gemäß.

β) Wird die Ehe durch das *divortium* aufgehoben; so erhält die Frau, wenn sie der unschuldige Theil ist, das Heyrathsgut zurück, und lucrirt auch die donatio propter nuptias. Sind aber Kinder aus der Ehe vorhanden, so soll diesen die Propriтät aufbehalten werden, und der Mutter derselben blos der Nießbrauch zustehen [26]).

Ob dieses Institut mit dem Röm. Recht auf uns gekommen sey, wird bezweifelt. Fast durchgehends be-

24) Die Griechen nennen diesen Gewinn *hypobolon*. S. Harmenopulus Προχειρ. νομ. Lib. IV. Tit. 10. und *Jo. Gottfr.* Sammet. Diatr. de hypobolo. *Lips.* 1746. (in *Supplemento novi thes. Meermaniani.* pag. 375. sqq.)

25) S. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 478. Malbland Lehrbuch der Institutionen §. 356. u. a. m. Allein die *L.* 18. *C. de donat. ante nupt.* und die *Nov.* 61. *Cap.* 1. §. 1. worauf man sich beruft, sagen kein Wort davon.

26) *Nov. XXII. Cap.* 30.

hauptet man, es sey ganz ausser Gebrauch gekommen, und das Witthum und Leibgeding an dessen Stelle getreten. Schon Cujaz [27] sagte: Donationes propter nuptias hodie sunt penitus ex usu sublatae, multum enim distant ab eo, quod *Dovarium* vocamus, quod Romano iure receptum non est. Est enim *Dovarium* ususfructus dimidiae vel tertiae partis bonorum mariti, qui uxori debetur post mortem mariti. Und eben so sprechen die meisten deutschen Rechtsgelehrten [28]. Man soll sogar die römische donatio propter nuptias in Deutschland gar nicht kennen, und was sich auf dieselbe bezieht, soll bey uns gar nicht anwendbar seyn [29]. Doch es fehlt auch nicht an Rechtsgelehrten [30], welche behaupten, daß mit der Auf-

27) Observation. Lib. V. Cap. 4. in fin.

28) *Phil. Balth.* Gerdes Diss. de nullo vel exiguo usu donationis propt. nuptias max. iure Iustin. consideratae. *Gryph.* 1733. Hoffmann Diss. de different. iur. Rom. et Germ. in doctr. de donat. pr. nupt. §. 6. Schilter Prax. iuris Rom. Exercit. XXXVI. §. 86. Heineccius Diss. de uxore Rom. per propt. N. donat. de alimentis secura tantum. Cap. II. Thibaut System des Pandectenrechts 1. B. §. 454. Mackeldey Lehrbuch der Institutionen des R. Privatrechts §. 356. oder §. 395. (der neuern Ausg.) Weber Erläuterung der Pandecten 2. Th. §. 1242. Roßhirt Grundlinien des Röm. Rechts. §. 31. S. 110. u. a.

29) Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 84. Schweppe Röm. Privatrecht §. 694. (der dritt. Auflage.)

30) *Jo. Pet.* a Ludewig Differentiae iuris. Rom. et German. in dote mariti. *Halae* 1721. pag. 22. sqq. Eiusdem Differentiae iuris Rom. et Germ. in dote et donatione propter nuptias. *Halae* 1721. Diff. VI.

nahme der römischen Lehre von der dos, auch die damit in dem genauesten Verhältniß stehende donatio propter nuptias zur Anwendung gekommen sey. Für diese Meinung streitet nicht nur die Vermuthung, sondern sie hat auch den deutschen Sprachgebrauch für sich. Die deutschen Benennungen, Widerlage, Gegengeld, Gegensteuer, Gegenvermächtniß, Widergift[31]), entspre-

Jo. Ge. Estor Observation. de iuribus quibusd. viduarum mulierum equestrium ratione amittendi vitalitii et dotalitii, item de vera ratione vocis Leibzucht, de donatione propter nupt. portione statutar. etc. *Marb.* 1748. Obs. VI. §. 25. *Frid Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 39. §. 16. sqq. *Jo. Frid.* Eisenhart Institut. iuris germ. priv. Lib. I. Tit. 13. §. 11. *Augustinus a* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCV. Xaver. Aloys von Kreittmayr Anmerkungen über den Cod. Maximil. Bavar civ. 1. Th. 6. Kap. §. XIV. S. 274. ff. (München 1791. 8.) Joh. Andr. Hofman Handbuch des teutschen Eherechts. §. 99. *Car.* Einert Diss. de donationib. propt. nuptias. Cap. 2. u. a.

31) Denn da das Heyrathsgut eine Beylage, Mitgifft genennt wird, so heißt die donatio propter nuptias eine Widerlage, Widergifft und so wie dos die Aussteuer, oder Heimsteuer, so wird antidos eine Gegensteuer genennt. Auch das Wort Gegenvermächtniß setzt ein Ehevermächtniß voraus, worunter also hier nicht sowohl eine dos verstanden wird, wie *a* Ludewig Cit. Diff. de dote mariti. pag. 26. behauptet, sondern vielmehr dasjenige, was die Ehefrau davon dem Manne auf den Todesfall durch den Ehevertrag aussetzt. Diesem Ehevermächtniß entspricht nun das Gegenvermächtniß vollkommen, insofern darunter dasjenige verstanden wird, was der

chen sie nicht alle dem römischen Ausdruck? und die lateinischen Benennungen des Mittelalters, *antidos*, oder *contrados* sind ja offenbar Ausdrücke, welche dem Griechischen *ἀντιφέρνη* nachgebildet worden sind. Auch das Canonische Recht kennt die römische donatio propter nuptias. Pabst Gregor IX. gedenkt ihrer ausdrücklich *Cap.* 8. X. *de donation. inter vir. et uxor.* Sane, sagt er daselbst, soluto matrimonio, sicut dos ad mulierem, sic et *donatio propter nuptias* redit ad virum; nisi de consuetudine secus obtineat, *vel ex pacto de lucranda dote et donatione propter nuptias, quod aequale sit tamen, hinc inde contrarium inducatur.* Und eben so Honorius III. welcher *Cap.* 16. X. *de foro competente* die donatio propter nuptias als gleichbedeutend mit dotalitium nimmt. Daß aber die Päbste unter dem *dotalitium* die römische donatio propter nuptias verstehen, erhellet noch deutlicher aus dem *cap.* 4. X. *de donat. inter vir. et uxor.* wo P. Clemens III. sagt, die Weiber forderten nach dem Tode ihrer Männer ihr Heyrathsgut mit dem ihnen auf diesen Fall angewiesenen Dotalitium zurück; könnten aber beydes nicht zurückfordern, wenn sie durch Ehebruch die Scheidung veranlaßt hätten. Wenn freylich Cornelius Tacitus [32]) von unsern Vorfahren sagt: *Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert;* so war diese dos mariti wohl keine römische *ἀντιφέρνη*, denn diese läßt sich ohne das Einbringen einer dos uxoris

Mann der Frau aus seinem Vermögen auf den Todesfall eigenthümlich aussetzt. S. allgem. Preuß. Landrecht. 2. Th. 1. Tit. §. 425. u. §. 456.

32) *De morib. German. Cap.* 18.

nicht denken. Allein schon Julius Cäsar [33]) schreibt von den Nachbaren derselben, den Galliern: *Viri, quantas pecunias ab uxoribus* DOTIS NOMINE *accepe- runt, tantas ex* SUIS BONIS, *aestimatione facta, cum dotibus communicant: — uter eorum vita superarit, ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit*, und drückt in diesen Worten das Wesen der römischen donatio propter nuptias so unverkennbar aus, daß man beynahe mit Everh. Otto [34]) glauben sollte, die Römer hätten dieses Institut von den Galliern entlehnt. Man würde wenigstens eben so viel Grund dafür haben, als diejenigen, welche die donatio propter nuptias für eine blos morgenländische Sitte halten wollen [35]). Soviel ist gewiß, daß aus dem Römischen Rechte dieses Institut in die Gesetze der Westgothen übergegangen sey. In der gegenwärtigen Sammlung derselben, von welcher die beyden Könige Chindaswind und Receswind, vielleicht in der Zeit ihrer gemeinschaftlichen Regierung (649—652.), unstreitig als die Urheber anzusehen sind [36]), sagt ein Gesetz des Königs Chindaswind [37]), wenn das Weib eben so viel dem

33) *De bello Gallico Lib. VI. Cap.* 19.

34) Comment. ad §. 3. I. de donation. Man sehe auch *Jo. Th.* SEGER Disp. de alimentis viduae indotatae ex feudo debitis. (*Lips.* 1774.) Nr. III. et IV.

35) Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts S. 718. Z. 10. der 8. Aufl.

36) S. von Savigny Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter. 2. B. 8. Kap. S. 65 ff.

37) S. *Pet.* GEORGISCH Corp. iuris German. antiqui pag. 1920. und von Savigny a. a. O. S. 73. Not. 87.

Mann von ihrem Brautschatz zu geben beschlossen hat, als sie von ihm dagegen verlangt; so könne in diesem Falle die von dem Manne zu gebende dos auch den sonst gesetzlich bestimmten zehnten Theil seines Vermögens gültig übersteigen. *Aut si forte, iuxta quod* EX LEGIBUS ROMANIS [38]) *recolimus fuisse decretum, tantum puella vel mulier de suis rebus sponso dare elegerit, quantum sibi dari poposcerit*, sind die Worte der *L. 5. Lib. III. Tit. 1. de dispositionibus nuptiarum.*

In einem Werke, welches höchst wahrscheinlich aus dem elften Jahrhundert herstammt, und unter dem Titel *Exceptiones Legum Romanorum* in den darüber vorhandenen Handschriften einem gewissen *Petrus* zugeeignet wird [39]), findet sich alles, was selbst das Novellenrecht, nach Julians Epitome, von der donatio propter nuptias verordnet. Zwey Stellen sind aus diesem für die Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter sehr wichtigen Werke für uns besonders merkwürdig. Lib. 1.

38) Der Lindenbrogische Codex, so wie auch Georgisch Corp. J. G. A. pag. 1920. lesen zwar iuxta quod *et* Legibus Romanis recolimus fuisse decretum; allein der verstorbene Canzler von Ludewig in Diss. de dote mariti pag. 25. §. 4. Not. †. hat aus einem sehr alten Codex membranaceus, den er selbst besaß, bewiesen, daß die Lesart iuxta quod *ex* Legibus Romanis, die richtigere sey.

39) Nähere Nachrichten von diesem Werke giebt H. von Savigny in der Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter. 2. B. S. 130—154. Der erste Abdruck von des PETRI Exceptiones LL. RR. erschien zu Strasburg 1500. 4. Es ist auch in des H. v. Savigny Geschichte, als Anhang zum 2. Bande, abgedruckt.

Cap. 33. und Cap. 34. In der ersten heißt es unter der Rubric *de acceptione dotis* 40).

Si quis uxorem duxerit, et dotem ab ea acceperit, vivente uxore habeat omnes fructus dotis propter onera matrimonii. Ea vero defuncta, si quidem nullos ex ea habuerit liberos, integro iure dotem retineat, id est, usumfructum et dominium, nisi sub pacto reddendi parentibus vel propinquis aut etiam heredibus dotem acceperit. Si autem ex ea filios habuerit, solum usumfructum habeat; liberi autem, ex eo matrimonio nati, proprietatem; sive ad secundas transierit nuptias, sive non. Sed tamen plus habebit, si non transeat ad alias nuptias, quia totum usumfructum dotis habebit, ut praediximus, et super usumfructum talem partem de proprietate, qualem unus liberorum; quod non habebit, si aliam duxerit uxorem, nisi solum usnmfructum dotis. *Propter nuptias* vero *donatio* defuncta uxore in patrimonio mariti revertitur, et inter alias res eius computatur. *Quod diximus de dote et propter nuptias donatione in persona viri, uxore defuncta; eadem intelligenda sunt de donatione propter nuptias et dote in persona mulieris viro defuncto.*

Die andere Stelle Cap. 43. 41), welche *de dotis datione* rubricirt ist, lautet folgendermassen:

Dos potest fieri sine donatione propter nuptias, sed donatio propter nuptias non potest fieri

40) Bey Savigny 2. B. S. 312.

41) Bey Savigny S. 317.

sine dote. *Sed tamen, cum dos ab uxore datur, et a viro propter nuptias donatio, et in quantitate et in pactis debent esse pares.* Sed si donatio propter nuptias sit maioris quantitatis, quam dos, superfluum infirmatur, et doti coaequatur. Et similiter coaequatur, si maior quantitas in dote, quam propter nuptias donatione.

Das Vaterland dieses Buchs ist Frankreich, und zwar die Gegend von Valence, welches aus Burgundischer Herrschaft unmittelbar in Fränkische gekommen war [42]). Da nun Valence und die burgundischen Länder überhaupt damals zum deutschen Reiche gehörten, und folglich mit Italien durch das gemeinsame Oberhaupt eben sowohl als von jeher durch die Nachbarschaft in vielfachem Verkehr stehen mußten [43]); so erklärt sich daraus die Schlußfolge sehr natürlich, daß sogar noch vor der, erst in der Mitte des zwölften Jahrhunderts, erfolgten Wiederbelebung und Verbreitung des Justinianischen Rechts von Bologna aus, das römische Institut der donatio propter nuptias den Deutschen bekannt gewesen sey. Dieß setzen denn auch die Urkunden vollends ausser Zweifel, welche Lucas D'Acheri [44]) aus dem zwölften und dreyzehnten Jahrhundert bekannt gemacht hat, in denen der donatio propter nuptias nach dem römischen Begriff namentlich gedacht wird. Die eine Urkunde vom J. 1109. lautet folgendermassen:

42) Denn das Werk ist nach der Vorrede dem Odilo *Valentiae civitatis Magistro magnifico* zugeeignet. S. von Savigny S. 133. Not. 146.

43) S. v. Savigny S. 146.

44) *Spicileg.* Tom. VIII. pag. 165 et 259.

Ego GUILLELMUS *trado filiam meam filio vestro, et dabo filio vestro in* DOTEM *cum filia mea centum marcas et ccc. Et ego* BERTRANDUS *et* ADALEIZ *recipimus filiam tuam et post quatuor annos dabimus filio nostro in uxorem, et dabimus filiae tuae in* DONATIONEM PROPTER NUPTIAS *sive in* SPONSALITIO [45]) *suo omnem terram, quam habemus et ccc. Ita nos Deus adiuvet et haec sancta Dei evangelia.*

Die andere Urkunde vom Jahre 1299. ist folgenden Inhalts:

Ego SAURA *vos* PETRUM *de Pinosio in legalem maritum habere cupio meque ipsam vobis trado in legalem uxorem. Dono et constituo vobis in* DOTEM *quatuor millia librarum* etc. *Simili modo ego* PETRUS *de Pinosio cupio vos dictam* SAURAM *in legalem uxorem habere et me ipsum in legalem maritum vobis trado. Confiteor, me recepisse quatuor millia librarum et renuntio exceptioni p. n. n. et dictae dotis non acceptae. Ego vero dono et constituo vobis de meo in* DONATIONEM PROPTER NUPTIAS *quatuor millia librarum. Ego et vos habeamus et teneamus.* ET SI VOS DICTA UXOR MIHI SUPERVIXERITIS, HABEBITIS ET DOTEM ET DONATIONEM PROPTER NUPTIAS. *Actum* 1299.

Wie gewöhnlich dergleichen Eheverträge über Bestellung eines Heyrathsguts und Widerlage unter den Deut-

45) Der Ausdruck *sponsalitium* für donatio propter nuptias, besonders, wenn letztere noch vor der Ehe bestellt wurde, ist in den Urkunden des Mittelalters sehr gewöhnlich. S. *Car. du* FRESNE Glossar. ad scriptor. mediae et infirmae Latinitat. Tom. II. voc. *Sponsalitium.*

schen gewesen, beweisen die Beyspiele bey Myler von Ehrenbach [46]), Pufendorf [47]), und Struben [48]).

Kein Wunder ist es also, wenn dieses Institut auch in die neuern deutschen Gesetzgebungen übergegangen ist. In dem Baierischen Landrechte 1. Th. 6. Cap. §. 14. heißt es ganz römisch:

„Was die Ehefrau in Ansehung des Heyrathsguts von ihrem Mann oder statt seiner von Andern mit oder auch ohne seinem Vorwissen erlangt, das ist und heißt die Wiederlag, oder Gegenvermächtniß, (*Contrados*, vel *Donatio propter nuptias*) wozu auch nicht nur der Mann selbst, sondern, da er etwann nicht so viel in Vermögen hat, sein leiblicher Vater, Großvater oder Mutter, jedoch andergestalt nicht, als in dem Maaß, wie oben (§. 13.) von dem Heyrathsgute verordnet worden, verbunden ist.“

Nur darin weicht es von dem römischen Rechte ab, daß die Widerlage dem Heyrathsgute nicht immer nothwendig gleich seyn müsse, sondern mehr oder weniger bedungen werden könne, jedoch in Ermanglung förmlicher Ehepacten, der Ehefrau wenigstens soviel, als das Heyrathsgut beträgt, zur contrados werden müsse. Sie kann auch ohne wirklich eingebrachtes Heyrathsgut niemals bestehen. Wird die Ehe durch den Tod getrennt, so nimmt die überlebende Frau das Heyrathsgut wieder zurück, und die Wiederlage genießt sie lebenslänglich, stirbt

46) *Gamolog.* Cap. X. §. 2 — 5.

47) Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 39. §. 21.

48) Nebenstunden. 5. Th. Abh. 37.

aber vor dem Mann, so nimmt dieser die Wiederlage zurück, und genießt das Heyrathsgut lebenslänglich gegen Leistung genugsamer Caution.

Nach dem Preußischen Landrechte hingegen wird das Gegenvermächtniß nach dem Tode des Mannes ein freies und unwiederrufliches Eigenthum der Frau, und wird, wenn die Summe desselben im Vertrage nicht bestimmt ist, dem Ehevermächtniß gleichgesetzt, wofern nicht die Absicht der Contrahenten, daß dasselbe mit dem Eingebrachten im Verhältniß stehen solle, aus der Fassung des Vertrags und den Umständen ersichtlich ist, in welchem Falle es auf die Hälfte des Eingebrachten festzusetzen ist [49]. Uebrigens wird vom Gegenvermächtniß das Leibgeding und Witthum ausdrücklich unterschieden. Was nämlich der Mann der Frau aus seinem Vermögen, in Ansehung desjenigen, was sie ihm aus ihrem Vermögen auf den Todesfall ausgesetzt hat, (Ehevermächtniß) gegenseitig auf diesen Fall eigenthümlich aussetzt, wird das Gegenvermächtniß genennt. Wird der Frau nur der Nießbrauch gewisser Güter oder Capitalien angewiesen, so wird es ein Leibgeding; die jährliche Summe hingegen, die der Frau aus dem Nachlasse des Mannes zu ihrem Unterhalte während des Wittwenstandes ausgesetzt worden, ein Witthum genennt [50].

Eben so wird in dem Sächsischen Recht das Gegenvermächtniß vom Leibgedinge unterscheiden [51])

49) Allgem. Preuß. Landrecht. 2. Th. 1. Tit. §. 456. 459. 460. und §. 469.

50) Pr. Landrecht §. 456—458.

51) *Const. Elect. Saxon. XXVIII. P. I.* S. Einert Diss. cit. de donat. propt. nupt. Cap. III. §. 17—19.

und der donatio propter nuptias namentlich gedacht [52].

Aus allem ergiebt sich soviel, daß die Meinungen der heutigen Rechtsgelehrten von der Anwendbarkeit des Röm. Rechts in Ansehung dieses Instituts davon abhängen, was sie sich für einen Begriff von der donatio propter nuptias machen; und da überhaupt dabey alles auf Verträgen beruhet, so ist gar nicht abzusehen, warum das Röm. Recht hier nicht mehr gelten solle, so weit es durch die deutschen Gesetze nicht abgeändert worden ist. Man behauptet jedoch, daß heut zu Tage die donatio propter nuptias nicht mehr mit der dos in gleichem Verhältniß zu stehen brauche, sondern auch mehr oder weniger, als diese, betragen könne [53]. Der Frau soll auch wegen derselben keine gesetzliche Hypothek mehr zustehen, sie soll auch als Wittwe nur den Nießbrauch davon haben [54]. Allein nicht alle Rechtsgelehrten stimmen hierin überein [55].

§. 1243.

Deutsches Wittum, Leibzucht, Leibgeding, *Vidualitium, vitalitium*, dotalitium.

Verschieden von der römischen donatio propter nuptias, ist das deusche Wittum, Leibzucht, Leib-

52) *Const. Elect. Saxon.* XVI. P. II. *Einert* Diss. §. 20.

53) Berger Oecon. iuris Lib. I. Tit. 3. Th. 12. et ad *Eundem* Haubold Not. m. Tom. I. pag. 148. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. CCCV. medit. 5. Pufendorf c. l. §. 23.

54) Pufendorf T. II. Obs. 39. §. 21 et 27. Haubold ad *Bergerum* c. l.

55) Ludewig de dote mariti pag. 29. §. 9. Kreittmayr Anmerkung über den Cod. Maximil. civ. 1. Th. 6. Kap. §. 14. S. 275 ff.

geding. Dieses leitet seinen Ursprung von der alten dos germanica her [56]). Es ist nämlich aus den Nachrichten des Tacitus [57]) bekannt, daß bey den alten Deutschen der Mann die Frau auszustatten pflegte. Diese dos bestellte der Bräutigam seiner Braut am Tage der Verehelichung, um ihr dadurch zugleich auf den Fall des künftigen Wittwenstandes eine Versorgung zu verschaffen. Daher hieß dieselbe bey den alten Deutschen Withem, Widem, Widum, Benennungen, welche aus dem Angelsächsischen *Wituma* abstammen, und soviel als dos bedeuten [58]). Eben diese Bedeutung hat das altdeutsche Wort Wedem; so wie die davon abstammenden Wörter wedemen oder bewedemen soviel als ausstatten oder dotiren heißen, welche in den alten niedersächsischen und andern Urkunden sehr oft vorkommen [59]). Hierher gehört

56) S. Joh. Ad. Kopp's Proben des deutschen Lehnrechts. Nr. V. S. 187. von Verwidemung der Lehngüter. *Nic. Hieron.* Gundling Exerc. de emtione uxorum, dote, et morgengaba. Cap. 2. (in *Exercitat. iunctim editis* Nr. XII.) und *Ge. Christ.* Gebauer de dote vet. Germanor. in Eius *vestigiis iuris German. antiquissimi.* (*Goett.* 1766.) Dissertat. VII. pag. 217 sqq.

57) *De morib. Germ.* Cap. 18. Dotem non uxor marito, *sed uxori maritus offert*, nicht affert, wie Gebauer cit. Diss. pag. 239. bemerkt. *Affert* enim, qui rem praesentem dat, sed *offert* maritus dotem, id est, in casum futurum incertum, nimirum viduitatis, pollicetur uxori, unde post eius mortem se exhibere possit.

58) S. Schilter Thes. antiquitat. teutonicar. Tom. III. pag. 881. Grupen de Uxore Theodisca pag. 44.

59) S. Phil. Wilh. Gercken vermischte Abhandlungen aus dem Lehn- und Teutschen Rechte. 1. Th. Nr. 1. §. 4. S. 9. f. und *Laur. de* Westenrieder Glossarium Germanico-latin. Tom. I. voc. *Widum*, *Withum*.

auch das altdeutsche Wort Wette, welches Theils die Bedeutung von dos, Theils von vinculum matrimonii hat; daher wetten auch soviel heißt, als heyrathen, sich ehelich verbinden [60]). Der Widem, oder Widum, oder Wittum war also die eigentliche und wahre Ausstattung bey den alten Deutschen, es war die dos germanica, welche der Mann seiner Frau gab. Man unterschied davon das Wittemon, worunter man das pretium nuptiale verstand, womit die alten Deutschen ihre Weiber gleichsam von ihren Eltern und Verwandten zu kaufen pflegten [61]). Daher wird in den deutschen Urkunden das Wort kaufen häufig für Heyrathen gebraucht [62]). An der dem deutschen Weibe von dem Manne angewiesenen dos oder Widum erlangte um dasselbe entweder mit dem Besitz ein vollkommenes Eigenthum, so daß die Wittwe darüber nach Gefallen verfügen, und auch solches veräußern konnte; oder sie hatte blos den Nießbrauch davon, den Widem selbst aber mußte sie nach ihrem Tode den mit dem verstorbenen Ehemanne erzeugten Kindern, oder seinen Verwandten hinterlassen, so wie es in den Ehepacten

60) S. Wachter Glossar. German. voc. *Wette*, *wetten*, *Widum*. Mit Recht bemerkt Wachter, daß das Wort *Widum* oder *Wittum* nicht von dem Wort Wittwe abzuleiten sey. Non enim est viduitas, sagt er pag. 1896. sed revera idem, quod *widum*, dos, quae datur a marito. Daher heißt auch die dos ecclesiae Pfarrwidum. S. Westenrieder c. l. pag. 673.

61) S. Wachter Glossar. voc. *Wittemon*. und Gundling libell. de emtione uxorum. Cap. I. §. 20. sqq.

62) S. Kopp's Proben des deutschen Lehnrechts. S. 190.

war festgesetzt worden [63]. Der Grund, warum der Mann für den standesmäßigen Unterhalt seiner Wittwe sorgen mußte, war, weil die Töchter bey den alten Deutschen an der väterlichen Erbschaft, die gewöhnlich in unbeweglichen Gütern bestand, keinen Antheil nahmen, sondern von den Söhnen oder männlichen Erben ausgeschlossen wurden [64]. Diese alte deutsche Ausstattungsart oder Verwidemung der Weiber, welche blos die standesmäßige Versorgung derselben nach der Männer Tode zum Zweck hatte, hat sich lange Zeit, auch noch nach dem Abgange des Carolingischen Mannsstamms unter den sächsischen Kaisern in Gebrauche erhalten, wie die von Heineccius [65]) und Kopp [66]) angeführten Beyspiele beweisen [67]. Nachdem aber in der Folge mit Einführung des Römischen Rechts in Deutschland auch die Grundsätze desselben von der Dotirung und Erbfolge der Töchter den Deutschen bekannt wurden; so verschwand allmählig jenes alte deutsche Widum oder Wittum, weil nun die Wittwe, welche nach getrennter Ehe ihr Heyrathsgut zu-

63) S. Kopp von Verwidemung der Lehngüter §. 5. in den Proben des deutschen Lehnrechts S. 200 ff.

64) S. Fried. Christph. Jonath. Fischer's Versuch über die Geschichte der teutschen Erbfolge (Mannheim 1778.) 1. Band 9. Hptst. 1. Abschn. S. 196. ff.

65) Elem. iuris Germ. Tom. I. §. 249. sqq.

66) Angef. Abhandl. §. 6. u. 7. in desselben Proben des teutschen Lehnrechts S. 206 ff.

67) Noch in dem Senkenberg. Kaiserrechte Th. 2. Cap. 98. (in *Corp. iuris Germ. publ. et priv.* cur. *Koenig de Koenigsthal* Tom. I. S. 67). geschieht des Wedemens Erwähnung.

rückerhielt, sich selbst ihren Unterhalt verschaffen konnte. Romanisirende Rechtsgelehrte mischten nun die Grundsätze von der römischen donatio propter nuptias mit ein, wodurch die alten deutschen Sitten eine große Veränderung erlitten. Nun nahm man bey der Bestimmung des Wittums auf das eingebrachte Heyrathsgut Rücksicht, und so trat an die Stelle des alten deutschen Widums, das *dotalitium*, Leibgeding, Leibzucht [68]). Es werden darunter diejenigen Einkünfte verstanden, welche einer Wittwe auf den Todes=Fall ihres Mannes aus deßelben Gütern, in Rücksicht ihres eingebrachten Heyrathsguts, welches sie dann nicht wieder zurückfordern kann, zu ihrem standesmäßigen Unterhalte ausgesetzt sind. Dennoch erhielt sich auch noch nach Einführung des Röm. Rechts in Deutschland der Gebrauch der alten deutschen Ausstattung oder Widems in den adlichen und fürstlichen Häusern, wie die von Kopp [69]) angeführten Beyspiele beweisen. Denn da die Güter derselben größtentheils in Grundstücken bestanden, die nicht außer der Familie veräußert werden durften, und man daher nicht für rathsam hielt, die Töchter an der Erbfolge in die Güter der Eltern Antheil nehmen zu lassen, so mußten die Frauen, wenn sie auch

68) *Christph. Henr. de* BERGER Selecta iuris dotalitii capita *Vitemb.* 1723. *Henr.* NETTELBLADT lib. sing. de dotalitio e legibus et morib. Germanor. *Rostoch. et Wismar.* 1746. 4. Phil. Wilh. Gercken vermischte Abhandlungen aus dem Lehn= und deutschen Rechte. 1. Th. Nr. I. *Henr. God.* BAUER Quaedam de dotalitio eiusque ob adulterium amissione. *Lipsiae* 1784. und Johann Andr. Hofmanns Handbuch des teutschen Eherechts §. 96.

69) Proben des teutschen Lehnrechts S. 212 ff.

allenfalls ein geringes Heyrathsgut dem Mann zubrachten, doch hauptsächlich auf die Versorgung rechnen, die sie von ihren Männern aus den Allodial- oder Lehngütern zum standesmäßigen Unterhalte auf den Fall des künftigen Wittwenstandes erhielten [70]). Dahingegen war bey den Personen bürgerlichen Standes mehr das Römische Recht im Gebrauche. Nun machte man also einen Unterschied zwischen **Witthum**, *vidualitium*, *vitalitium*, *viduvium*, und **Leibgeding**, **Leibzucht**, *dotalitium*. Beydes hat standesmäßige Versorgung der Weiber im Wittwenstande zum Zweck, daher werden auch die Ausdrücke **Witthum** und **Leibgeding**, vidualitium und dotalitium in den Urkunden und deutschen Gesetzen sehr häufig, als gleichbedeutend, genommen. Allein im eigentlichen Sinn unterscheiden sie sich darin von einander, daß das *dotalitium* oder **Leibgeding** das Einbringen eines Brautschatzes voraussetzt, in dessen Rücksicht und zu dessen Vergeltung dasselbe bestellt wird, und nach dessen Verhältniß solches seine Bestimmung erhält. Daher pflegt es auch ein **Gegenvermächtniß** genannt, und häufig mit der römischen donatio propter nuptias verwechselt zu werden; dahingegen der eigentliche **Witthum** *vidualitium*, ohne Rücksicht eines eingebrachten Heyrathsguts der Frau, zu einem standesmäßigen Unterhalt derselben im Wittwenstande ausgesetzt wird, welches also der Wittwe gebührt, sie mag einen Brautschatz eingebracht haben, oder

70) S. *Jo. Th.* Seger Diss. de alimentis viduae indotatae ex feudo debitis. *Lips.* 1774. *Jo. Paul Ferd.* Schroeter Diss. de dote ex feudo praestanda. *Vitemb.* 1775. und *Christ.* Rau Comment. de feudo dotalitii *Lips.* 1776.

nicht [71]). Hieraus ergiebt sich ein zweyter Unterschied; nämlich da der eigentliche Witthum oder *vidualitium* gar keine Beziehung auf ein eingebrachtes Heyrathsgut hat, so erhält hier immer die Wittwe ihren Brautschatz nach getrennter Ehe zurück, welcher hingegen bey dem eigentlichen Leibgeding oder dotalitium in den Gütern des Mannes verbleibt [72]). Denn es hat, seiner wesentlichen Eigenschaft nach, einen wahren Leibrenten-Kauf zum Grunde. Es tritt hier die bekannte Parömie ein: Leibgut schwindet Hauptgut, *dotalitium absorbet dotem* [73]). Ein dritter Unterschied besteht darin, daß der Witthum blos auf den Wittwenstand beschränkt ist, und durch Eingehung einer zweyten Ehe verlohren wird [74]);

71) Pufendorf Observation iuris univ. Tom. I. Obs. 22. Hommel Rhapsod. Quaestion for. Vol. III. Obs. 479. nr. 7. pag. 131. sq. Hoffmanns Handbuch des teutschen Eherechts. §. 97. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 6. B. §. 596—599.

72) Struben's Nebenstunden 5. Th. Abh. 37. Pufendorf Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 120. Nettelbladt de dotalitio §. 37. Ge. Ludw. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 2. Abth. Nr. 58. S. 451. ff. Runde Grds. des deutsch. Privatrechts §. 596. Danz a. a. O. §. 596. S. 348.

73) S. Johann Friedrich Eisenharts Grundsätze des deutschen Rechts in Sprüchwörtern 2. Abth. Nr. XXIII. S. 143. ff. der vermehrten Ausg. Leipz. 1792. *Tob. Jac.* Reinharth Select. Observat. ad Christinaei Decision. Vol. I. Obs. 40. und *Jo. Ad. Th.* Kind Prolus. de iurisprudentia Germanorum paroemiaca. *Lips.* 1776. §. 14.

74) *Jo. Aug. Hieron.* Thalwitzer Diss. de vidualitio ad

dahingegen das Leibgeding sich in der Regel erst mit dem Tode endiget, und daher wegen einer zweyten Ehe nicht aufhört [75]). Da der Wittum ein reiner Gewinn für die Wittwe ist, weil er mit dem Heyrathsgute in gar keiner Beziehung steht, so kommt ihr wegen desselben eben so wenig ein stillschweigendes Pfandrecht, als sonst ein Vorzugsrecht zu [76]). Sie kann zu ihrer Sicherheit nur

statum viduitatis adstricto. *Vitemb.* 1791. Danz a. a. O. §. 598. Nr. VII. S. 357. f.

75) Schon der Name Leibgeding spricht dafür. Denn das Wort Leib, oder wie es ehemals ausgesprochen wurde, Lib bedeutet soviel, als Leben. S. Schilter Thes. Antiquitat. Teuton. Tom. III. pag. 538. Es ist also Etwas, was zeitlebens gelten soll. Gleichwohl ist ganz anderer Meinung *Jo. Ge.* Estor in libello de dotalitio propter secundas nuptias cessante. Edit. III. auct. et emendat. *Jenae* 1758. 4. Allein schon längst ist diese Meinung widerlegt von Gercken in den vermischten Abhandlungen aus dem Lehn- u. deutsch. R. 1. Th. Nr. I. und *Chr. Henr.* Breuning Progr. de dotalitio ob secundas nuptias non cessante. *Lipsiae* 1754. Man vergleiche auch Fischers Versuch über die Geschichte der teutschen Erbfolge. 1. B. 9. Hptst. 1. Abschn. S. 199. und Hoffmanns Handbuch des teutschen Eherechts. §. 104. Doch kann nach einzelnen Particularrechten oder Verträgen auch zuweilen eine Ausnahme Statt finden, wie die Beyspiele bey Estor cit. lib. Cap. 5. beweisen. Verliert aber die Wittwe durch die zweyte Ehe ihr dotalitium, so muß ihr billig auch ihr Heyrathsgut wieder zurückgegeben werden.

76) Danz Handbuch a. a. O. §. 598. Nr. VI. S. 357. Runde Grds. des allgem. deutsch. Privatrechts §. 598. *de* Selchow Elem. iuris Germ. priv. hod. §. 455. Ein Anders ist, wenn das Particularrecht der Wittwe

ein Retentionsrecht an dem Nachlaß ihres Mannes ausüben [77]); aber auch dieses hilft ihr nichts, wenn nach dem Tode des Mannes über das Vermögen desselben ein Concurs entsteht; der Wittwe bleibt in diesem Falle nichts übrig, als ihr Eingebrachtes zurückzufordern [78]). Ganz anders verhält sich's mit dem Leibgeding. Dieses ist, als ein Surrogat des Heyrathsguts, mit allen Rechten und Vorzügen desselben verbunden [79]). Die Größe sowohl in Ansehung des Wittums als Leibgedings hängt entweder von vertragsmäßiger Uebereinkunft, oder von gesetzlicher Bestimmung ab; jedoch besteht das

eine Hypothek giebt, oder ihr in den Ehepacten ein Pfandrecht bestellt worden ist. S. a Pufendorf Observat. iur. univ. T. I. Obs. 22. §. 5.

77) Nettelbladt de dotalitio §. 41. Selchow c. l.

78) Nettelbladt de dotalitio Sect. III. §. 56. *Christ. Gottl.* Haubold Diss. de dotalitio necessario, conturbata re mariti familiari non exigendo. *Lipsiae* 1797. 4. Nach particulären Rechten kann jedoch zuweilen eine Ausnahme Statt finden. Das sächsische Recht z. B. unterscheidet zwischen dem gesetzlichen oder nothwendigen, und dem vertragsmäßigen Leibgeding. Nur der Anspruch auf das erstere fällt weg, wenn der Mann in Concurs verfällt, das letztere aber kann auch aus dem Concurse des Mannes gefordert werden. S. Danz. Handb. 6. B. 597. Nro. VI. S. 354. f. Auch nach dem Bremischen Ritterrechte wird die Wittwe mit ihrem Leibgeding beym Concurse der Gläubiger an dem ihr angewiesenen Orte locirt. S. Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. III. Obs. 120. §. 6.

79) Mevius P. I. Decis. 173. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 488. Runde Grds. des deutschen Privatrechts. §. 596. Danz Handbuch 6. B. §. 596. Nr. III.

Leibgeding gewöhnlich nach dem durch das Herkommen bestimmten Maßstabe in zweyfachen Zinsen des Heyrathsgutes [80]). Es kann aber auch wohl der Wittwe noch ein größeres Quantum zum Leibgedinge ausgesetzt werden, wenn nur dadurch das gesetzliche Erbrecht der Kinder nicht geschmälert wird [81]).

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß wenn der Wittwe zu ihrem Witthum oder Leibgeding der Nießbrauch eines Grundstücks angewiesen worden ist, dieselbe zu einer solchen Sicherheitsleistung, welche sonst ein Usufructuar nach dem römischen Rechte bestellen muß, nach deutschem Rechte nicht verbunden sey, wie auch nach dem Gerichtsgebrauche keinem Zweifel unterworfen ist [82]). Denn das Recht der

80) Runde Grds. des deutsch. Privatr. §. 596. Danz Handbuch §. 596. Nr. VII. besonders *Car. Henr.* Moeller Us. pract. Distinction. feudal. Cap. XXI. Dist. 5.

81) Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 81. Daß auch die Verordnung der *L. 6. C. de secund. nupt.* bey dem einer Stiefmutter verschriebenen Witthum Anwendung finde, und der Betrag desselben den Erbtheil nicht übersteigen dürfe, der dem am mindesten bedachten Kinde erster Ehe zufällt, ist in Fried. von Bülow und Theod. Hagemann's practischen Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 3. B. Erört. XXXVIII. S. 227 — 229. gründlich ausgeführt worden. Daß noch weniger der Pflichttheil der Kinder dadurch verkürzt werden dürfe, versteht sich von selbst. Die Praxis giebt den Kindern die querela inofficiosi vidualitii oder dotalitii. S. von Kreittmayr's Anmerkungen über den Cod. Maximil. Bavar. civ. 1. Th. 6. Kap. §. XV. Nr. 6. S. 284. (München 1791. 8.)

82) *Ge. Frid.* Deinlin Diss. de vidua vasalli ab usu-

Wittwe ist nicht nach der, rechtlichen Natur eines römischen Nießbrauchs, sondern als ein deutsches Leibzuchtsrecht zu betrachten [83]. Jedoch können auch hier die deutschen Particularrechte zuweilen ein Anders verordnen [84].

fructuaria cautione intuitu dotalitii immuni. *Altorf.* 1735. BERGER Selecta iuris dotalitii capita. §. 34. NETTELBLADT de dotalitio §. 42. EISENHART Institut. iuris germ. priv. Lib. I. Tit. 16. §. 12. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 489. Runde Grds. des d. Privat R. §. 599.

83) *Ern. Mart.* CHLADENIUS ius viduae doaria an sit merus ususfructus? *Viteb.* 1751.

84) S. von Kreittmayr Anmerkungen über den Cod. Maximil. Bavar. civ. 1. Th. 6. Kap. §. XV. Nr. 8. S. 286.

Lib. XXIII. Tit. IV.

De pactis dotalibus.

§. 1244.

Römischer und heutiger Begriff von Ehepacten? Sind pacta dotalia und nuptialia unterschieden? Unterschied zwischen den römischen pacta dotalia und den deutschen Ehestiftungen.

Vorzüglich wegen der dos und der donatio propter nuptias pflegten bey den Römern besondere Verträge, gewöhnlich noch vor Schließung der Ehe, errichtet zu werden, wodurch die Rechte, welche in Ansehung derselben sowohl auf den Fall der Eingehung, als künftigen Trennung der Ehe Statt haben sollten, bestimmt wurden [85]; obwohl

85) *L.* 17. *D. h. t. L.* 19. *Cod. de donat. ante nupt. L.* 9. *et L.* 10. *Cod. de pactis conventis tam super dote, quam super donatione ante nuptias. L.* 3. *C. de dote cauta.* S. *Franc.* Duarenus in Tit. Dig. Soluto matrimon. dos quemadm. petat. Commentar. de pactis dotalibus. Opp. pag. 253. und *Barn.* Brissonius de formulis et solennibus. Pop. Rom. verbis. Lib. VI. cap. 131 — cap. 136.

dieselben auch eben so gut noch nach vollzogener Ehe errichtet werden konnten, wenn gleich deswegen vorher keine Verabredung war getroffen worden [86]. Solche Verträge werden in den Gesetzen *pacta dotalia*, so wie die darüber errichteten Urkunden, *instrumenta dotalia* oder *nuptialia* genennt [87]. Mehrere Rechtsgelehrten [88] wollen davon die *pacta nuptialia* unterscheiden, und darunter entweder diejenigen Verträge verstehen, welche blos über persönliche Verhältnisse der Ehegatten geschlossen wurden; oder sie glauben wenigstens, *pacta nuptialia* sey der allgemeine Name der Eheverträge, insofern darunter alle Verträge begriffen sind, wodurch die Rechte der Ehegatten, welche sowohl während der Ehe, als nach deren erfolgten Aufhebung Statt finden sollen, bestimmt

86) *L.* 1. *pr. D. h. t.* Javolenus *lib. IV. ex Cassio.* Pacisci post nuptias, etiam si nihil ante convenerit, licet. Add. *L.* 12. §. 1. *L.* 28. *D. eodem. L.* 12. §. 8. *D. Soluto matrimon.*

87) *Jo. Pet.* Fontanella de pactis nuptialibus seu capitulis matrimonialibus. *Genevae* 1659. f. *Andr.* Kohl Tractationes duae, prior de pactis dotalibus, altera de successione coniugum. *Frfti ad Moen.* 1731. 4. *Jo. Ott.* Tabor Paratitl. ad Tit. Dig. de pact. dot. subjecta omnium legum expositione (in *Operib.*) *Abr. a* Wesel de connubiali bonor. societate et pactis dotalibus. *Colon. Agrip.* 1720. 4. *Sam. Frid.* Willenberg Tract. synopt. de pactis antenuptialibus. *Gedani* 1727. *rec. Jenae* 1730. 4.

88) Vinnius Comm. ad §. ult. I. de nupt. nr. 4. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 476. *Christ. Aug.* Günther Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 422. Not. a. Mackeldey Lehrb. der Institutionen §. 358.

werden, so daß die *pacta dotalia*, welche bey den Römern den Brautschatz und das Gegenvermächtniß zum Gegenstande hatten, nur als eine Art derselben zu betrachten wären. Allein die Gesetze unterscheiden eben so wenig zwischen pacta dotalia und nuptialia, als zwischen instrumenta dotalia und nuptialia [89]. Diese Eheverträge betrafen nun theils die Bestellung einer dos oder donatio propter nuptias [90], theils die Vermehrung derselben [91] theils die Restitution [92], theils die Retention [93]. Sie konnten aber

89) §. 13. *I. de nupt.* §. 2. *I. de hereditat. quae ab intest. defer. L.* 65. *D. de iudic. L.* 48. *D. Soluto matrim. L.* 5. *L.* 10. *L.* 11. *Cod. de naturalib. lib.* In der *Nov. LXXIV. Cap.* 4. §. 1. *et* 2. werden die *instrumenta dotis et donationis propter nuptias* ausdrücklich *nuptialia* (*γάμων συμβόλαια*) genennt. S. Ge. Jordens Diss. II. de legitimatione (*Traj. ad Rhen.* 1743.) Cap. III. (in *Dan.* Fellenberg *Jurisprud. antiqua* Tom. II. pag. 422. sqq.) und Schweppe Röm. Privatrecht §. 696. der 3. Ausg.

90) *L.* 19. *C. de donat. ante nupt. L.* 4. *L.* 10. *L.* 11. *L.* 12. §. 1. *et* 2. *L.* 20. §. *ult. L.* 21. *L.* 28. *D. h. t. L.* 60. §. 3. *D. Mandati.*

91) *L.* 19. *C. de donat. ante nupt.*

92) *L.* 9. *L.* 14. 15. 16. 17. 18. 19. *L.* 23. *L.* 26. §. 2. *et* 4. *L.* 32. *D. h. t.* In den römischen Eheverträgen wurde hier auch die Formel *dotem dari* für dotem reddi gebraucht. *L.* 26. §. *ult. D. h. t. L.* 40. *L.* 56. *D. Soluto matrim.* S. Brissonius de formulis et solenn. P. R. verbis Lib. VI. cap. 31. Auch wurden die Ausdrücke dotem reddi restituique mit einander verbunden. *L.* 45. *D. Soluto matrim.*

93) *L.* 2. *L.* 12. *L.* 24. *L.* 31. *D. h. t. L.* 48. *D. Soluto matr. L.* 20. *D. de religiosis. L.* 6. *Cod. de pactis convent.* S. Brisson. c. pag. 132.

auch die Parapherna der Frau zum Gegenstande haben [94]), so wie sich denn die Ehegatten in den Dotalpacten noch sonst Etwas ausbedingen konnten, soweit es den Gesetzen nicht zuwider war. Die Frau konnte z. B. eine Geldstrafe auf den Fall bedingen, wenn der Mann den Umgang mit seiner gewesenen Concubine noch während der Ehe fortsetzen würde [95]). Nur über die gegenseitige Erbfolge der Ehegatten konnte in den Eheverträgen nichts gültig verfügt werden [96]). Jedoch ist dieses nur so zu verstehen, daß darin keine Universalsuccession unter den Ehegatten bestimmt werden konnte, weil nach dem Röm. Recht überhaupt keine Erbfolge durch Verträge auf eine unwiederrufliche Art festgesetzt werden konnte [97]). Auf die dos und die donatio

94) *L. ult. Cod. de pactis convent.*

95) *L.* 121. §. 1. *D. de Verbor. Obligat.* S. Donellus Comm. ad h. L. und Brissonius o. l. cap. 136.

96) *L.* 5. *Cod. de pactis convent.* Impp. Dioclet. et Maxim. Hereditas extraneis testamento datur. Cum igitur adfirmes dotali instrumento pactum interpositum esse vice testamenti, ut post mortem mulieris bona eius ad te pertinerent, *quae dotis titulo tibi non sunt obligata*: intelligis, nulla te actione posse convenire heredes seu successores eius, ut tibi restituantur, quae nullo modo debentur. Eben so ungültig war es nach dem Röm. Recht, wenn in dem instrumento dotali war bedungen worden, daß die Tochter durch den ihr mitgegebenen Brautschatz wegen der künftigen väterlichen Erbschaft abgefunden seyn solle. *L. ult. D. de suis et legitim. hered. L.* 3 *Cod. de collationib.* S. *Osii* Aurelii Diss. de pacto dotalibus instrumentis adjecto, ne puella, quam pater aut cognatus elocat, patri vel cognato succedat. (in Meermani *Thes. iur. civ. et canon.* Tom. VII. pag. 839. sqq.)

97) S. den 6. Th. dieses Commentars §. 540.

propter nuptias, als die Hauptgegenstände der römischen Dotalverträge, bezog sich dieses nicht. In Ansehung derselben war der Vertrag gültig, daß dem Manne nach dem Tode der Frau die dos, so wie der Frau, wenn sie den Mann überleben würde, die donatio propter nuptias verbleiben solle [98]. Von weit größerem Umfange ist die Gültigkeit der heutigen Eheverträge. Es werden nämlich darunter diejenigen Verträge verstanden, welche das rechtliche Verhältniß bestimmen, das unter den Eheleuten, sowohl während der Ehe, als nach deren Wiederaufhebung, Statt finden soll [99]. Sie werden Ehepacten, Eheberedungen, Ehestiftungen, Ehezärter [100], Heyrathsnotel, Hillich, Ehe-

98) *L.* 12. *pr.* *L.* 24. *L.* 26. *pr.* *et* §. 1. *D. h. t.* *L.* 6. *L.* 9. *Cod. de pactis convent.* S. Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. III. Obs. 116. §. 1. et 2. Die Erwerbung der dos aus den Ehepacten wurde für keine Erbschaft gehalten. *L.* 72. *D. de iure dot.* *L.* 27. *Cod. eodem.*

99) *Aug. de* Balthasar Diss. I. et II. de praerogativa iuris Germ. prae Romano in materia pactorum dotalium. *Gryph.* 1739. *Franc. Just.* Kortholt diss. de pactis dotalibus secundum ius commune et statut. Francofurt. *Giessae* 1768. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCVII — CCCX. Runde Grds. des allgem. deutschen Privatrechts §. 566. — §. 571. Danz Handb. des deutsch. Privatrechts 6. B. §. 566. ff. S. 168 — 190. Lud. Fried. Griesinger's Commentar über das Wirtemb. Landrecht 2. B. S. 226 — 254.

100) Von Zarta oder Zarter, welches soviel, als charta heißt, ein Brief; also Ehezärter ein Heyrathsbrief. S. *Laur. de* Westenrieder Glossar. Germanico — latinum Tom. I. voc. *Zarter.* pag. 684.

briefe, Brautlaufsbriefe, Heyrathsbriefe, Ehegeding, Eheberathung genennt. Gewöhnlich gehen auch diese der wirklichen Vollziehung der Ehe voraus [1]), es hat indessen keinen Zweifel, daß sie auf eine eben so gültige Art auch noch nachher eingegangen werden können [2]). In diesen deutschen Eheverträgen werden nun nicht nur die Vermögensrechte der Ehegatten, sondern auch die persönlichen Verhältniße derselben, und wie es insonderheit in Ansehung der Erziehung der Kinder gehalten werden soll, wenn die Ehegatten verschiedener Religion sind, bestimmt. Daß es in diesem Falle in der Gewalt der Eltern stehe, wegen des Religions-Unterrichts der Kinder, als eines Theils der Erziehung, in den Ehepacten Etwas gültig zu bestimmen, ist keinem gegründeten Zweifel unterworfen [3]). Der Hauptpunct, wodurch sich die

1) S. Hofmann's Handbuch des deutschen Eherechts §. 11. ff.

2) *Hab.* Brewer Diss. an matrimonio iam indefinite contracto adhuc pacta dotalia condi queant? *Bonnae* 1782.

3) Nicht nur in dem von der W. Friedens-Executions-Deputation am 14. Sept. 1650. gefaßten Schlusse, bey Londorp in Act. Public. T. XVII. pag. 457. sondern auch in den Conclusis Corporis Evangelicorum bey Schauroth. Tom. I. pag. 32 et 318. sq. und Tom. II. pag. 280. et 281. ist die Gültigkeit solcher Ehepacten anerkannt, und auch der Reichshofrath hat darnach gesprochen. S. Reichshofraths Conclusa Th. VI. Concl. 40. S. 42. Man vergleiche *Frid. Ulr.* Pestel Diss. Num pacta dotalia, quibus cautum, ut masculi patris foeminae matris religione imbuantur, sint servanda? *Rintel.* 1752. *Franc. Ant.* Dürr Diss. de potestate patria circa religionem liberorum. *Magunt* 1755. §. 26. sqq. (in *Ant.* Schmidt *Thes. iuris eccles. Germ.*

deutschen Ehestiftungen von den römischen Dotalpacten unterscheiden, besteht nun aber darin, daß in denselben gewöhnlich die gegenseitige Erbfolge der Ehegatten festgesetzt wird [4]). Dieser Character ist den deutschen Ehepacten so eigenthümlich, daß man die unter den Ehegatten über die künftige Erbfolge derselben geschlossene Verträge, in recht eigentlichem Sinn Eheverträge, pacta dotalia, zu nennen pflegt [5]).

§. 1245.

Form und Erfordernisse der Ehepacten.

Das Römische Recht erfordert zur Form der Dotalverträge weiter nichts, als die gegenseitige Verabredung der Interessenten. Zwar gedenken die römischen Gesetze gewöhnlich der instrumentorum dotalium; allein diese Urkunden dienten nur zum Beweise [6]). Deswegen waren aber doch die Dotalverträge kein pacta nuda. Denn sie wurden entweder bey der Uebergabe des Heyrathsguts we-

Tom. VI. pag. 694. sqq.) und Christ. Jac. von Zwierlein Nebenstunden. 1. Th. Abh. IX. §. 10. S. 182. f.

4) S. *Just. Henn.* Boehmer Diss. de successione hereditaria coniugum ex pactis dotalibus. *Halae* 1734. (In *Exercitat. ad Pand.* Tom. IV. Ex. LXXI. pag. 667 sqq.)

5) S. Boehmer Diss. cit. Cap. I. §. 3. *Phil. Jac.* Grau Specim. iurid. sistens mixturam incongruam iuris Rom. et German. in Practicorum distinctione pactorum dotalium in simplicia et mixta. *Marburgi* 1744. Cap. I. §. 3. Thibaut Syst. des Pandect. Rechts 1. B. §. 476. a. E.

6) *L. 4. in fin. D. de fide instrumentor.* S. Lauterbach Colleg. th. pr. Pandect. P. II. h. t. §. 2.

gen der Vermehrung oder Zurückgabe desselben geschlossen; oder sie hatten die Bestellung einer dos zum Gegenstande. In dem ersten Falle konnte auch ohne die Förmlichkeit einer Stipulation mit der actio praescriptis verbis aus dem Vertrage geklagt werden, wie aus einer Verordnung der Kaiser Severus und Antoninus erhellet, welche *L.* 1. *Cod. de pactis conventis* folgendermassen lautet:

Legem, quam dixisti, *cum dotem pro alumna dares*, servari oportet: nec obesse tibi debet, quod dici solet, *ex pacto actionem non nasci:* tunc enim hoc dicimus, *cum pactum nudum est:* alioquin cum pecunia datur, et aliquid de reddenda ea convenit, *utilis est condictio* [7]).

7) Einige Ausgaben und Handschriften lesen hier conditio. Auch die Gloße zu *L.* 10. *C. de pactis* bemerkt diese Verschiedenheit der Leßart. Die Ausgabe des *Claud.* Chevallonius *Paris* 1526. 8. liest zwar in der *L.* 1. condictio, allein in der *L.* 10. conditio. Der letztern Leßart giebt *Hug.* Donellus Com. ad L. 10. Cod. de pactis nr. 3. pag. 47. den Vorzug, weil die actio praescriptis verbis in den Gesetzen nie condictio genennt werde. Das Wort *conditio* aber versteht er von einer conventio traditioni dotis adiecta; es sey eben dieselbe, welche im Anfange des Gesetzes *Lex* genennt werde. *Utilis conditio est*, sey also hier eben soviel, als wenn es in den Anfangsworten des Gesetzes heißt: *Legem, quam dixisti, servari oportet*, nämlich der Vertrag sey gültig. Allein daß die Leßart *condictio* die richtige sey, lehrt der griechische Scholiast Theodorus, welcher in den *Basilic.* Tom. IV. Lib. XXIX. Schol. p. pag. 708. unser Gesetz κατὰ πόδας ins Griechische übertragen hat. Da heißt es: καὶ τίποτε περὶ τῆς τούτων ἀνα-

Dasselbige Rescript kommt mit denselben Worten auch *L. 10. Cod. de pactis* vor. Die Gesetze betrachten das Geschäft in dem Falle, da keine stipulatio de dote reddenda war errichtet worden, als einen ungenannten Contract, do ut reddas. Daher ist die condictio hier keine andere Klage, als die actio praescriptis verbis. Cujaz [8]) hat dieses nicht nur aus andern Stellen des Codex [9]) klar erwiesen, sondern auch durch die Interpretation des griechischen Scholiasten Thaleläus [10]) noch mehr bestärkt, welcher sagt: *τὸ χρήσιμός ἐστιν ἡ ἀπαίτησις, διὰ τι δυνάται ὡς δόσεως ἐπὶ αἰτίας γενομένης, τὴν πραεσκρίπτοις βέρβοις κινῆσαι.* i. e. *Utilis est condictio, quoniam potest agere praescriptis verbis, cum ob causam datum sit.* Auch schon der Ausdruck *utilis condictio* deutet auf die actio praescriptis verbis hin, *quia omnis actio praescriptis verbis*, wie Cujaz [11]) sagt, *est utilis, non directa, datur enim ad exemplum directae et civilis actio-*

δόσεως συμφονεῖται, χρήσιμός ἐστιν ὁ κονδικτιτξιος. Mit Recht verwirft daher Charondas die Lesart *conditio* in s. Ausgabe des Codex Not. e. Man sehe auch *Jo. Jac.* Wissenbach Commentar. in Cod. ad L. 10. de pactis. pag. 65. sq.

8) Recitat. solemn. in Cod. Lib. V. Tit. 14. de pactis conventis.

9) *L. 6. Cod. de iure dot. L. un. §. 13. Cod. de rei uxor. act.*

10) Βασιλικων Lib. XXIX. Tit. 5. Sch. p. Tom. IV. p. 708. in fin.

11) Recitatt. cit. loc.

nis [12]), obgleich Charondas [13]) den Worten: *utilis est condictio*, vielmehr den Sinn beylegen will: condictio locum habet, sive competit. Uebrigens hatte die Gültigkeit das pacti de dote data, finito matrimonio reddenda, um so weniger einigen Zweifel, weil es ja ein bekannter Grundsatz ist: *In traditionibus rerum, quodcunque pactum sit, id valere* [14]).

Auch in dem letzten Falle, wenn in dem instrumento dotali nur noch erst von der Bestellung eines Heyrathsguts die Rede war, erforderte der Vertrag nach dem römischen Recht keine Förmlichkeit. Nach der schon oben vorgekommenen Verordnung der Kaiser Theodos und Valentinian [15]) soll auch schon die nuda pollicitatio, ohne alle Förmlichkeit der Worte, eine Klage auf exactio dotis begründen. In der That ist aber auch hier, außer der Convention, noch eine causa vorhanden, ohne welche auch selbst aus einer Stipulation keine Klage auf die Bestellung einer dos entstehen würde. Denn die Bestellung einer Brautgabe setzt immer eine zu schließende Ehe voraus. Diese ist nun entweder erfolgt, oder nicht. In jenem Falle hat der Ehemann die Bedingung erfüllt, unter welcher ihm ein Heyrathsgut war zugesagt worden. Er kann es also fordern, ohne Rück-

12) S. *L.* 6. *Cod. de transact.* und den 18. Th. dieses Commentars §. 1075. S. 156 ff.

13) Not. e. ad L. 1. Cod. de pact. conv. in desselben Ausgabe des Codex. Antwerpen 1575 f.

14) *L.* 48. *D. de pactis, ex lib. III.* Gaji *ad Legem XII. Tabb.*

15) *L.* 6. *Cod. de dotis promiss.*

sicht, mit welchen Worten das Pactum geschlossen worden ist. Contractum hic est *συνάλλαγμα*, sagt der große Franz Connanus [16]). Dotis enim promissio speciem eius contractus gerit, qui dicitur, *do ut facias*, do dotem, ut contrahas matrimonium. Igitur subsecuto matrimonio potest ad dotem maritus agere, etiam nudo pacto promissam: quandoquidem ex parte sua causam implevit pactionis. Et haec actio dicebatur rei uxoriae. Sed postea *Iustinianus* sancivit, ut in huiusmodi dotis constitutione intelligeretur stipulatio adjecta, et pro ea daretur *ex stipulatu actio*: credo, ut etiam ante matrimonium contractum non esset poenitentiae locus, neque revocari aut imminui posset semel dicta dos: ut si promisissem tibi decem pro dote Cajae, non liceat mihi discedere a conventis, si modo eam duxeris in uxorem. Eadem causa *donationis propter nuptias*: ut dote praestita, et conjugio inito, cogatur eam maritus solvere, quocunque eam pacto promiserit: quoniam hic est genus illud conventionis, quae vocatur *do ut des*. Dedit autem dotem mulier, ergo maritus donationem propter nuptias dare cogendus est. Ist aber die Ehe nicht erfolgt, so findet keine Klage, das versprochene Heyrathsgut zu fordern, Statt, wäre auch der Vertrag mit aller Feyerlichkeit einer römischen Stipulation geschlossen worden [17]).

16) Commentariorum iuris civ. Tom. I. Lib. V. Cap. 3. Fol. 339 b.

17) S. Donellus Comm. ad L. 10. Cod. de pactis. nr. 11. pag. 48.

Auch durch allgemeine deutsche Gesetze oder Herkommen ist keine besondere Form vorgeschrieben, welche bey Errichtung der Ehestiftungen beobachtet werden müßte. Zwar ist es gewöhnlich über die gegenseitigen Verabredungen eine Urkunde zu verabfaßen, welche man dann verbriefte Ehegedinge zu nennen pflegt, oder auch dabey Zeugen hinzuzuziehen, oder wohl gar die obrigkeitliche Bestätigung nachzusuchen. Allein, wenn dieses nicht gerade in besondern Landesgesetzen oder Statuten zur Gültigkeit der Eheverträge vorgeschrieben ist, so dient dieses alles nur zu mehrerer Sicherheit, und zur Erleichterung des Beweises [18]. Sehr häufig ist jedoch in den besondern Landesgesetzen und Stadtrechten eine gewisse Form vorgeschrieben, welche dann zu beobachten ist [19].

18) S. Kreittmayer's Anmerkungen über den Cod. Maxim. Bav. civ. 1. Th. 6. Kap. §. 29. Nr. 3. S. 323 ff. Runde Grds. des allgem. deutschen Privatrechts. §. 567. Danz Handbuch des heut. deutschen Privatrechts §. 567.

19) Nach dem baierischen Landrechte müssen die Eheverträge, wenn sie gültig seyn sollen, schriftlich errichtet werden. Den siegelmäßigen Personen ist die eigene schriftliche Fertigung gestattet; bey andern Personen aber wird gerichtliche Insinuation erfordert, welche vor dem Richter geschehen muß, unter welchem beyde, oder wenigstens einer von beyden Paciscenten seinen persönlichen Gerichtsstand hat. Die Vernachläßigung dieser Form zieht den Verlust der privilegiorum dotis nach sich. S. *Cod. Maximil. Bavar. civ.* 1. Th. 6. Kap. §. 29. u. Kreittmayrs Anmerkungen 1. Th. ebendas. §. 29. Nr. 3 u. 4. S. 323. Auch nach dem Preuß. Landrecht 2. Th. 1. Tit. 4. Abschn. §. 198. u. 5. Abschn. §. 208 u. 209. 7. Abschn. §. 440 u. 441. müssen Eheverträge gerichtlich vollzogen werden, jedoch nur dann, wenn die Frau dadurch entweder zu Etwas verbindlich

sicht, mit welchen Worten das Pactum geschlossen worden ist. Contractum hic est *συνάλλαγμα*, sagt der große Franz Connanus [16]. Dotis enim promissio speciem eius contractus gerit, qui dicitur, *do ut facias*, do dotem, ut contrahas matrimonium. Igitur subsecuto matrimonio potest ad dotem maritus agere, etiam nudo pacto promissam: quandoquidem ex parte sua causam implevit pactionis. Et haec actio dicebatur rei uxoriae. Sed postea *Iustinianus* sancivit, ut in huiusmodi dotis constitutione intelligeretur stipulatio adjecta, et pro ea daretur *ex stipulatu actio*: credo, ut etiam ante matrimonium contractum non esset poenitentiae locus, neque revocari aut imminui posset semel dicta dos: ut si promisissem tibi decem pro dote Cajae, non liceat mihi discedere a conventis, si modo eam duxeris in uxorem. Eadem causa *donationis propter nuptias*: ut dote praestita, et conjugio inito, cogatur eam maritus solvere, quocunque eam pacto promiserit: quoniam hic est genus illud conventionis, quae vocatur *do ut des*. Dedit autem dotem mulier, ergo maritus donationem propter nuptias dare cogendus est. Ist aber die Ehe nicht erfolgt, so findet keine Klage, das versprochene Heyrathsgut zu fordern, Statt, wäre auch der Vertrag mit aller Feyerlichkeit einer römischen Stipulation geschlossen worden [17].

16) Commentariorum iuris civ. Tom. I. Lib. V. Cap. 3. Fol. 339 b.

17) S. DONELLUS Comm. ad L. 10. Cod. de pactis. nr. 11. pag. 48.

Auch durch allgemeine deutsche Gesetze oder Herkommen ist keine besondere Form vorgeschrieben, welche bey Errichtung der Ehestiftungen beobachtet werden müßte. Zwar ist es gewöhnlich über die gegenseitigen Verabredungen eine Urkunde zu verabfaßen, welche man dann verbriefte Ehegedinge zu nennen pflegt, oder auch dabey Zeugen hinzuzuziehen, oder wohl gar die obrigkeitliche Bestätigung nachzusuchen. Allein, wenn dieses nicht gerade in besondern Landesgesetzen oder Statuten zur Gültigkeit der Eheverträge vorgeschrieben ist, so dient dieses alles nur zu mehrerer Sicherheit, und zur Erleichterung des Beweises [18]. Sehr häufig ist jedoch in den besondern Landesgesetzen und Stadtrechten eine gewisse Form vorgeschrieben, welche dann zu beobachten ist [19].

18) S. Kreittmayer's Anmerkungen über den Cod. Maxim. Bav. civ. 1. Th. 6. Kap. §. 29. Nr. 3. S. 323 ff. Runde Grds. des allgem. deutschen Privatrechts. §. 567. Danz Handbuch des heut. deutschen Privatrechts §. 567.

19) Nach dem baierischen Landrechte müssen die Eheverträge, wenn sie gültig seyn sollen, schriftlich errichtet werden. Den siegelmäßigen Personen ist die eigene schriftliche Fertigung gestattet; bey andern Personen aber wird gerichtliche Insinuation erfordert, welche vor dem Richter geschehen muß, unter welchem beyde, oder wenigstens einer von beyden Paciscenten seinen persönlichen Gerichtsstand hat. Die Vernachläßigung dieser Form zieht den Verlust der privilegiorum dotis nach sich. S. *Cod. Maximil. Bavar. civ.* 1. Th. 6. Kap. §. 29. u. Kreittmayrs Anmerkungen 1. Th. ebendas. §. 29. Nr. 3 u. 4. S. 323. Auch nach dem Preuß. Landrecht 2. Th. 1. Tit. 4. Abschn. §. 198. u. 5. Abschn. §. 208 u. 209. 7. Abschn. §. 440 u. 441. müssen Eheverträge gerichtlich vollzogen werden, jedoch nur dann, wenn die Frau dadurch entweder zu Etwas verbindlich

werden, so daß die *pacta dotalia*, welche bey den Römern den Brautschatz und das Gegenvermächtniß zum Gegenstande hatten, nur als eine Art derselben zu betrachten wären. Allein die Gesetze unterscheiden eben so wenig zwischen pacta dotalia und nuptialia, als zwischen instrumenta dotalia und nuptialia [89]. Diese Eheverträge betrafen nun theils die Bestellung einer dos oder donatio propter nuptias [90], theils die Vermehrung derselben [91] theils die Restitution [92], theils die Retention [93]. Sie konnten aber

89) §. 13. *I. de nupt.* §. 2. *I. de hereditat. quae ab intest. defer.* *L.* 65. *D. de iudic.* *L.* 48. *D. Soluto matrim.* *L.* 5. *L.* 10. *L.* 11. *Cod. de naturalib. lib.* In der *Nov. LXXIV. Cap.* 4. §. 1. *et* 2. werden die *instrumenta dotis et donationis propter nuptias* ausdrücklich *nuptialia* (*γάμων συμβόλαια*) genennt. S. *Ge.* JORDENS Diss. II. de legitimatione (*Traj. ad Rhen.* 1743.) Cap. III. (in *Dan.* FELLENBERG *Jurisprud. antiqua* Tom. II. pag. 422. sqq.) und Schweppe Röm. Privatrecht §. 696. der 3. Ausg.

90) *L.* 19. *C. de donat. ante nupt.* *L.* 4. *L.* 10. *L.* 11. *L.* 12. §. 1. *et* 2. *L.* 20. §. *ult.* *L.* 21. *L.* 28. *D. h. t.* *L.* 60. §. 3. *D. Mandati.*

91) *L.* 19. *C. de donat. ante nupt.*

92) *L.* 9. *L.* 14. 15. 16. 17. 18. 19. *L.* 23. *L.* 26. §. 2. *et* 4. *L.* 32. *D. h. t.* In den römischen Eheverträgen wurde hier auch die Formel *dotem dari* für dotem reddi gebraucht. *L.* 26. §. *ult.* *D. h. t.* *L.* 40. *L.* 56. *D. Soluto matrim.* S. BRISSONIUS de formulis et solenn. P. R. verbis Lib. VI. cap. 31. Auch wurden die Ausdrücke dotem reddi restituique mit einander verbunden. *L.* 45. *D. Soluto matrim.*

93) *L.* 2. *L.* 12. *L.* 24. *L.* 31. *D. h. t.* *L.* 48. *D. Soluto matr.* *L.* 20. *D. de religiosis.* *L.* 6. *Cod. de pactis convent.* S. BRISSON. c. pag. 132.

auch die Parapherna der Frau zum Gegenstande haben [94]), so wie sich denn die Ehegatten in den Dotalpacten noch sonst Etwas ausbedingen konnten, soweit es den Gesetzen nicht zuwider war. Die Frau konnte z. B. eine Geldstrafe auf den Fall bedingen, wenn der Mann den Umgang mit seiner gewesenen Concubine noch während der Ehe fortsetzen würde [95]). Nur über die gegenseitige Erbfolge der Ehegatten konnte in den Eheverträgen nichts gültig verfügt werden [96]). Jedoch ist dieses nur so zu verstehen, daß darin keine Universalsuccession unter den Ehegatten bestimmt werden konnte, weil nach dem Röm. Recht überhaupt keine Erbfolge durch Verträge auf eine unwiederrufliche Art festgesetzt werden konnte [97]). Auf die dos und die donatio

94) *L. ult. Cod. de pactis convent.*

95) *L.* 121. §. 1. *D. de Verbor. Obligat.* S. Donellus Comm. ad h. L. und Brissonius c. l. cap. 136.

96) *L.* 5. *Cod. de pactis convent.* Impp. Dioclet. et Maxim. Hereditas extraneis testamento datur. Cum igitur adfirmes dotali instrumento pactum interpositum esse vice testamenti, ut post mortem mulieris bona eius ad te pertinerent, *quae dotis titulo tibi non sunt obligata*: intelligis, nulla te actione posse convenire heredes seu successores eius, ut tibi restituantur, quae nullo modo debentur. Eben so ungültig war es nach dem Röm. Recht, wenn in dem instrumento dotali war bedungen worden, daß die Tochter durch den ihr mitgegebenen Brautschatz wegen der künftigen väterlichen Erbschaft abgefunden seyn solle. *L. ult. D. de suis et legitim. hered. L.* 3 *Cod. de collationib.* S. *Osii* Aurelii Diss. de pacto dotalibus instrumentis adjecto, ne puella, quam pater aut cognatus elocat, patri vel cognato succedat. (in Meermani *Thes. iur. civ. et canon.* Tom. VII. pag. 839. sqq.)

97) S. den 6. Th. dieses Commentars §. 540.

propter nuptias, als die Hauptgegenstände der römischen Dotalverträge, bezog sich dieses nicht. In Ansehung derselben war der Vertrag gültig, daß dem Manne nach dem Tode der Frau die dos, so wie der Frau, wenn sie den Mann überleben würde, die donatio propter nuptias verbleiben solle [98]). Von weit größerem Umfange ist die Gültigkeit der heutigen Eheverträge. Es werden nämlich darunter diejenigen Verträge verstanden, welche das rechtliche Verhältniß bestimmen, das unter den Eheleuten, sowohl während der Ehe, als nach deren Wiederaufhebung, Statt finden soll [99]). Sie werden Ehepacten, Eheberedungen, Ehestiftungen, Ehezärter [100]), Heyrathsnotel, Hillich, Ehe-

98) *L.* 12. *pr.* *L.* 24. *L.* 26. *pr.* *et* §. 1. *D. h. t.* *L.* 6. *L.* 9. *Cod. de pactis convent.* S. Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. III. Obs. 116. §. 1. et 2. Die Erwerbung der dos aus den Ehepacten wurde für keine Erbschaft gehalten. *L.* 72. *D. de iure dot.* *L.* 27. *Cod. eodem.*

99) *Aug.* *de* Balthasar Diss. I. et II. de praerogativa iuris Germ. prae Romano in materia pactorum dotalium. *Gryph.* 1739. *Franc. Just.* Kortholt diss. de pactis dotalibus secundum ius commune et statut. Francofurt. *Giessae* 1768. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCVII — CCCX. Runde Grds. des allgem. deutschen Privatrechts §. 566. — §. 571. Danz Handb. des deutsch. Privatrechts 6. B. §. 566. ff. S. 168 — 190. Lud. Fried. Griesinger's Commentar über das Wirtemb. Landrecht 2. B. S. 226 — 254.

100) Von Zarta oder Zarter, welches soviel, als charta heißt, ein Brief; also Ehezärter ein Heyrathsbrief. S. *Laur.* *de* Westenrieder Glossar. Germanico — latinum Tom. I. voc. *Zarter.* pag. 684.

briefe, Brautlaufsbriefe, Heyrathsbriefe, Ehegeding, Eheberathung genennt. Gewöhnlich gehen auch diese der wirklichen Vollziehung der Ehe voraus [1]), es hat indessen keinen Zweifel, daß sie auf eine eben so gültige Art auch noch nachher eingegangen werden können [2]). In diesen deutschen Eheverträgen werden nun nicht nur die Vermögensrechte der Ehegatten, sondern auch die persönlichen Verhältniße derselben, und wie es insonderheit in Ansehung der Erziehung der Kinder gehalten werden soll, wenn die Ehegatten verschiedener Religion sind, bestimmt. Daß es in diesem Falle in der Gewalt der Eltern stehe, wegen des Religions-Unterrichts der Kinder, als eines Theils der Erziehung, in den Ehepacten Etwas gültig zu bestimmen, ist keinem gegründeten Zweifel unterworfen [3]). Der Hauptpunct, wodurch sich die

1) S. Hofmann's Handbuch des deutschen Eherechts §. 11. ff.

2) *Hab.* Brewer Diss. an matrimonio iam indefinite contracto adhuc pacta dotalia condi queant? *Bonnae* 1782.

3) Nicht nur in dem von der W. Friedens-Executions-Deputation am 14. Sept. 1650. gefaßten Schlusse, bey Londorp in Act. Public. T. XVII. pag. 457. sondern auch in den Conclusis Corporis Evangelicorum bey Schauroth. Tom. I. pag. 32 et 318. sq. und Tom. II. pag. 280. et 281. ist die Gültigkeit solcher Ehepacten anerkannt, und auch der Reichshofrath hat darnach gesprochen. S. Reichshofraths Conclusa Th. VI. Concl. 40. S. 42. Man vergleiche *Frid. Ulr.* Pestel Diss. Num pacta dotalia, quibus cautum, ut masculi patris foeminae matris religione imbuantur, sint servanda? *Rintel.* 1752. *Franc. Ant.* Dürr Diss. de potestate patria circa religionem liberorum. *Magunt* 1755. §. 26. sqq. (in *Ant.* Schmidt *Thes. iuris eccles. Germ.*

deutschen Ehestiftungen von den römischen Dotalpacten unterscheiden, besteht nun aber darin, daß in denselben gewöhnlich die gegenseitige Erbfolge der Ehegatten festgesetzt wird [4]). Dieser Character ist den deutschen Ehepacten so eigenthümlich, daß man die unter den Ehegatten über die künftige Erbfolge derselben geschlossene Verträge, in recht eigentlichem Sinn Eheverträge, pacta dotalia, zu nennen pflegt [5]).

§. 1245.

Form und Erfordernisse der Ehepacten.

Das Römische Recht erfordert zur Form der Dotalverträge weiter nichts, als die gegenseitige Verabredung der Interessenten. Zwar gedenken die römischen Gesetze gewöhnlich der instrumentorum dotalium; allein diese Urkunden dienten nur zum Beweise [6]). Deswegen waren aber doch die Dotalverträge kein pacta nuda. Denn sie wurden entweder bey der Uebergabe des Heyrathsguts we-

Tom. VI. pag. 694. sqq.) und Christ. Jac. von Zwierlein Nebenstunden. 1. Th. Abh. IX. §. 10. S. 182. f.

4) S. *Just. Henn.* Boehmer Diss. de successione hereditaria coniugum ex pactis dotalibus. *Halae* 1734. (in *Exercitat. ad Pand.* Tom. IV. Ex. LXXI. pag. 667 sqq.)

5) S. Boehmer Diss. cit. Cap. I. §. 3. *Phil. Jac.* Grau Specim. iurid. sistens mixturam incongruam iuris Rom. et German. in Practicorum distinctione pactorum dotalium in simplicia et mixta. *Marburgi* 1744. Cap. I. §. 3. Thibaut Syst. des Pandect. Rechts 1. B. §. 476. a. E.

6) *L. 4. in fin. D. de fide instrumentor.* S. Lauterbach Colleg. th. pr. Pandect. P. II. h. t. §. 2.

gen der Vermehrung oder Zurückgabe desselben geschlossen; oder sie hatten die Bestellung einer dos zum Gegenstande. In dem ersten Falle konnte auch ohne die Förmlichkeit einer Stipulation mit der actio praescriptis verbis aus dem Vertrage geklagt werden, wie aus einer Verordnung der Kaiser Severus und Antoninus erhellet, welche *L.* 1. *Cod. de pactis conventis* folgendermassen lautet:

Legem, quam dixisti, *cum dotem pro alumna dares*, servari oportet: nec obesse tibi debet, quod dici solet, *ex pacto actionem non nasci:* tunc enim hoc dicimus, *cum pactum nudum est:* alioquin cum pecunia datur, et aliquid de reddenda ea convenit, *utilis est condictio* [7]).

7) Einige Ausgaben und Handschriften lesen hier conditio. Auch die Gloße zu *L.* 10. *C. de pactis* bemerkt diese Verschiedenheit der Lesart. Die Ausgabe des *Claud.* Chevallonius *Paris* 1526. 8. liest zwar in der *L.* 1. condictio, allein in der *L.* 10. conditio. Der letztern Lesart giebt *Hug.* Donellus Com. ad L. 10. Cod. de pactis nr. 3. pag. 47. den Vorzug, weil die actio praescriptis verbis in den Gesetzen nie condictio genennt werde. Das Wort *conditio* aber versteht er von einer conventio traditioni dotis adiecta; es sey eben dieselbe, welche im Anfange des Gesetzes *Lex* genennt werde. *Utilis conditio est*, sey also hier eben soviel, als wenn es in den Anfangsworten des Gesetzes heißt: *Legem, quam dixisti, servari oportet*, nämlich der Vertrag sey gültig. Allein daß die Lesart *condictio* die richtige sey, lehrt der griechische Scholiast Theodorus, welcher in den *Basilic.* Tom. IV. Lib. XXIX. Schol. p. pag. 708. unser Gesetz *κατὰ πόδας* ins Griechische übertragen hat. Da heißt es: *καί τίποτε περὶ τῆς τούτων ἀνα-*

est, *quia contenti esse debemus poenis legum comprehensis* [47]): nisi si et stipulatio tantundem habeat poenae, quanta Lege sit comprehensa. So wie jedoch das pactum, *ne dolus praestetur*, oder *ne furti agam*, nur insofern ungültig ist, als es auf die Zukunft geht, wohl aber post admissa haec darüber paciscirt werden kann, wie Paulus [48]) lehrt; so findet dieses auch hier Anwendung. Eben dieser Paulus sagt nämlich *libro XXXV. ad Edictum* [49]):

Ob res quoque donatas, *vel amotas*, vel impensas factas, *tunc facta pactio valebit*, id est, *post divortium*.

Die Basiliken [50]) gedenken auch hier wieder der actio de moribus ausdrücklich, und sind überhaupt hier viel vollständiger, als unsere Pandecten. Es heißt nämlich daselbst: Μετὰ διαζύγιον ἰσχυρῶς συμφωνοῦσιν περὶ συγχωρήσεως κακοτροπίας, καὶ ῥαθυμίας, καὶ τῶν δωρηθέντων, καὶ κλαπέντων, καὶ τῶν γενομένων δαπανημάτων. i. e. *Post divortium utiliter paciscuntur, ne ob malos mores agatur, vel ob negligentiam, vel ob res donatas, vel amotas, vel impensas factas.*

47) Richtiger lesen andere Ausgaben: *poenis legibus comprehensis*, wie z. B. Chevallon, Merlin, Baudoza u. a. Man sehe über diese Stelle vorzüglich *Hug.* Donellus in Comm. ad Tit. Pand. de Verbor. obligationib. h. L. pag. 83.

48) *L.* 27. §. 3 *et* 4. *D. de pactis.*

49) *L.* 20. *pr. D. h. t.*

50) Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 5. περὶ πάκτων προικός. Const. 18. pag. 690.

Ungültig ist ferner der Vertrag, daß der Mann bey der Restitution des Heyrathsguts die Wohlthat der Competenz nicht haben solle. Die Entsagung derselben kann die Forderungen der Billigkeit vermöge des persönlichen Verhältnisses der Ehegatten eben so wenig aufheben, als die Unbilligkeit in der strengen Rechtsverfolgung mindern[51]. Ulpian sagt *Lib. XXXVI. ad Sabinum*[52].

Eleganter quaerit POMPONIUS *libro XV, ex Sabino*, si paciscatur maritus: *Ne in id, quod facere possit, condemnetur, sed in solidum*, an hoc pactum servandum sit? Et negat servari oportere. Quod quidem et mihi videtur verum: *namque contra bonos mores id pactum esse*, melius est dicere: quippe cum contra receptam reverentiam, quae maritis exhibenda est, id esse apparet[53].

II. Die Eheverträge dürfen auch dem nicht widerstreiten, was die Gesetze als Wesen der Ehe ansehen. Solche Verträge sind ungültig, wenn sie auch eidlich wären bestärkt worden. Z. B. der Vertrag, daß die Ehegatten von einander getrennt leben, und sich aller ehelichen Beywohnung enthalten wollten[54].

51) S. CARPZOV Jurispr. for. P. I. Const. XXXII. Def. 19. VOORDA Thes. controv. Dec. XIII. §. 1. und Weber's syst. Entwickl. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 85. S. 360 ff.

52) *L.* 14. §. 1. *D. Soluto matrimonio.*

53) S. *Basilic.* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 8. Schol. a. pag. 380.

54) *Cap. ult. X. de condit. apposit.* (IV. 5.) *Cap.* 24. *X. de iurejur.* (II. 24).

III. Sie dürfen die Rechte des Mannes nicht verletzen, welche ihm nach den Gesetzen an dem Brautschatze der Frau zustehen, und dem Zweck der dos nicht widerstreiten. Dahin gehört 1) der Vertrag, daß der Mann während der Ehe die Brautgabe nicht erhalten solle. Von diesem sagt Ulpian libro XXXIV. ad Edictum[55]):

Cum pater dotem pollicitus fuerit, et paciscatur: *Ne se vivo*[56]) *petatur, neve constante matrimonio dos petatur*[57]): ita pactum interpretandum Divus Severus constituit, quasi adiectum esset, *se vivo:* hoc enim ita accipiendum esse contemplatione paternae pietatis, et contrahentium voluntatis, ut posterior quoque pars conventionis ad vitam patris relata videatur, ne diversa sententia fructum dotis ab oneribus matrimonii separet, quodque indignissimum est, inducat, ut non habuisse dotem existimetur: quo rescripto hoc effectum est, ut si quidem vivo patre decesserit filia, aut sine culpa sua divorterit, omnimodo[58]) dos peti non possit: constante autem matrimonio, mortuo patre, peti possit.

55) *L.* 11. *D. h. t.*

56) Haloander, Chevallon, Miräus und Baudoza lesen *a* se vivo.

57) Die Worte *dos petatur*, stehen in den *Basilicis* nicht. Da heißt es Tom. IV. pag. 688. Const. 11. nur μήτε τοῦ γάμου συνεστῶτος. Auch Haloander hat sie für überflüssig gehalten. Allein, daß sie es nicht sind, lehrt das Nachfolgende. Cod. Erl. hat sie auch.

58) Cod. Erl. liest *omnino*. Eben so *Claud.* Chevallon. Haloand. und Baudoza. Die *Basilica* Tom. IV. p. 688. haben blos: *οὐκ ἀπαιτεῖται προῖξ: dos non petitur.*

Wenn also der Vater bey der Bestellung des Heyrathsguts für seine Tochter den Vertrag schließt: Daß bey seinem Leben das Heyrathsgut nicht, auch nicht während der Ehe gefordert werden solle; so ist dieser Vertrag nicht so zu verstehen, als ob das Heyrathsgut während der Ehe gar nicht gefordert werden solle. Denn dieß wäre nicht nur gegen die Natur der dos, welche dazu dienen soll, die Lasten der Ehe zu bestreiten, sondern es würde auch der Frau zur Schande gereichen, daß sie keine dos gehabt habe. Der Billigkeit und der Natur der Sache nach kann also dieses Pactum anders nicht erklärt werden, als so, daß so lange der Vater lebt, das Heyrathsgut nicht während der Ehe gefordert werden solle. Stirbt also der Vater während der Ehe, so ist der Erbe desselben das Heyrathsgut zu geben schuldig, ohne sich mit der exceptio pacti schützen zu können. Eben dieses lehrt auch Paulus *libro. XXXV. ad Edictum*[59], wo er sagt:

Si convenerit: *Ne a muliere, neve a patre dos petatur*, heres non habebit exceptionem. Sed si convenerit, *ne manente matrimonio vivo patre petatur*, mortuo patre statim exigitur[60].

Aus gleichem Grunde ist der Vertrag ungültig, daß der Mann die Nutzungen der Brautgabe nicht haben, sondern diese wieder zur dos geschlagen werden sollen. Denn ein Heyrathsgut, dessen Früchte nicht zur Bestrei-

59) *L.* 20. §. 2. *D. h. t.*

60) *Exigitur* ist hier so viel, als *exigi potest*, wie Reitz bey Püttmann in Opuscul. iurid. ex Observation. miscellaneis Batav. in unum Volumen collect. (*Halae* 1782. 8.) pag. 154. bemerkt hat.

tung der ehelichen Lasten verwendet werden sollen, ist so gut, als gar keines. Ein Anders wäre, wenn zwar die Früchte zur dos gerechnet, der Mann aber doch die Zinsen von dem aus dem Verkauf der Früchte gelößten Gelde zu genießen habe solle, und deswegen einen desto ansehnlicheren Brautschatz bekommen hätte; oder wenn die Frau für die ihr überlassenen Früchte die Lasten der Ehe selbst übernommen hätte, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

L. 4. D. h. t. ULPIANUS *libro XXXI. ad Sabinum.* Si convenerit, *ut fructus in dotem converterentur* [61]), an valeat conventio? Et MARCELLUS ait *libro octavo Digestorum* [62]), conventionem non valere: *prope enim indotatam mulierem hoc pacto fieri.* Sed ita distinguit, ut si quidem fundum in dotem dederit mulier, ita ut maritus fructus redderet, non esse ratum pactum: idemque esse et si usumfructum in dotem hoc pacto dedit. Quod si convenisset de fructibus reddendis, hoc est, ut in dote essent fructus, quosquos percepisset, et fundus vel ususfructus in hoc traditus est, non ut fundus vel fructus [63]) fieret dotalis, sed ut fructus perciperet [64]), dotis futuros [65]), cogendum

61) So liest Cod. Erl. statt converteretur, wie die Taurelliana hat. Chevallon, Merlin, Miräus, Baudoza, und Hugo a Porta lesen auch *converterentur.*

62) Cod. Erl. *libro VII. D.* Eben so Haloander. Allein die meisten lesen *octavo.*

63) Richtiger ususfructus. So liest auch Cod. Erl.

64) Dieses hier sehr nöthige Unterscheidungszeichen fehlt in allen Ausgaben.

65) *Dotis futuros* heißt, welche Heyrathsgut werden sollen.

de dote actione fructus [66]) reddere: erunt igitur in dote [67]) fructus, *et fruetur iste usuris, quae ex fructibus collectis, et in sortem redactis percipi possunt.* Ego utrubique arbitror interesse, qua contemplatione dos sit data: ut si ob hoc ei maiorem dotem mulier dedit, quia fructus volebat esse dotis, contento marito ea pecunia, quae ex usuris redituum colligitur, posse dici, conventionem valere: nec enim videtur sterilis esse dos. Finge quadragena [68]) annua esse reditus apud eum, qui non acciperet in dotem, nisi hoc convenisset, plus trecentum [69]): uti boni consuleret [70]), tam uberem dotem consecutus. Et quid dicimus, si pactum tale intervenit, ut maritus fructus in dotem converteret, et mulier se suosque aleret, tuereturve, et universa onera sua expediret: quare non dicas, conventionem valere?

Marcellus, dessen Meinung hier **Ulpian** berichtiget, unterschied zwey Fälle. **Erstens** wenn die Frau dem

66) Sc. pretium fructuum.

67) Cod. Erl. in dotem. Eben so **Haloander**, **Chevallon** und **Baudoza**.

68) Cod. Erl. quadringenta.

69) C. E. trecentis.

70) Statt *uti* liest **Haloander** et. Allein *uti* ist hier so viel als utique. Der Sinn ist: gewiß er darf zufrieden seyn (sibi debet plaudere), daß er einen so reichen Brautschatz bekommen hat. Das Fragezeichen nach consecutus, in der Göttingischen Ausgabe giebt keinen rechten Sinn. S. Pothier Pand. Justin. T. II. h. t. Nr. IX. Not. b. pag. 31.

Mann ein Grundstück zum Brautschatz giebt, und dabey ausbedingt, daß die Früchte restituirt, und ein Theil der dos werden sollen. Ein solches pactum erklärt Marcellus schlechterdings für ungültig, weil hier der Mann vom Heyrathsgute seiner Frau gar keinen Nutzen haben würde. Eben dieses gelte auch, wenn ein ususfructus unter einer solchen Bedingung zur *dos* gegeben worden ist. Zweytens, wenn ausbedungen worden, daß nicht der fundus oder ususfructus selbst das Heyrathsgut seyn, sondern die dos blos in den Früchten, die der Mann ärndten würde, bestehen solle. Hier erklärt Marcellus den Vertrag für gültig. Denn hier ist das Heyrathsgut dem Mann nicht unnütz, weil der Werth der Früchte zu einem Kapital gemacht wird, wovon der Mann die Zinsen zu genießen hat. Soweit Marcellus. Ulpian hingegen hält auch in jenem ersten Falle den Vertrag nicht für schlechterdings ungültig, sondern meint, daß es in beyden Fällen (utrubique) auf die Absicht ankomme, wozu die dos gegeben worden ist. Denn wie wenn die Frau ein desto größeres Heyrathsgut gegeben hätte, weil sie wollte, daß die Früchte die dos vermehren sollten, damit der Mann aus den Zinsen der zum Kapital gemachten Früchte die Lasten der Ehe vollkommen bestreiten könnte? Z. B. die Zinsen betragen jährlich 400, statt daß der Mann, wenn er diesen Vertrag nicht eingegangen wäre, ein Heyrathsgut bekommen hätte, was höchstens 300 rentirt. Oder man setze, die Frau übernehme die Lasten der Ehe für die ihr überlassenen Früchte; warum sollte in diesen Fällen der Vertrag nicht gelten? So erledigen sich nun alle die Schwierigkeiten, die Ant. Faber[71])

71) Conjecturar. iuris civ. Lib. VI. cap. 20.

hier gefunden hat, dessen offenbar unrichtige Interpretation von Just. Meier [72]) ganz klar vor Augen gelegt worden ist. Die Basiliken [73]) haben dieses Fragment auf folgende Art ins Kurze zusammengefaßt:

Εἴτε ἀγρὸς, εἴτε χρῆσις ἐν προικὶ δοθῇ, καλῶς συμφωνεῖται τοὺς καρποὺς εἶναι προικιμιαίους, καὶ μόνους τοὺς τόκους αὐτῶν τὸν ἄνδρα καρπίζεσθαι ὥσπερ ἡνίκα μὴ τὸν ἀγρὸν, ἢ τὴν χρῆσιν ἐπιδῷ ἡ γυνὴ ἐν προικὶ, ἀλλὰ τοὺς καρποὺς τοῦδε τοῦ ἀγροῦ ἐῤῥωμένως γὰρ συμφωνοῦσιν, ὥστε τὸν ἄνδρα τοὺς καρποὺς τῆς προικὸς ἐνῶσαι τῇ προικὶ, καὶ τὴν γυναῖκα ἑαυτὴν, καὶ τοὺς αὐτῆς τρέφειν, καὶ τὰ λοιπὰ ἑαυτῆς βαρὴ ὑπέχειν. i. e. *Sive fundus, sive ususfructus in dotem datus sit, recte convenitur, ut fructus dotales sint, et ut usuris tantum eorum maritus fruatur: sicut cum non fundum, aut usumfructum mulier in dotem dedit, sed fructus huiusce fundi. Utiliter enim paciscuntur, ut maritus fructus in dotem convertat, et mulier se suosque alat, et reliqua onera sua sustineat.*

Daß ein solcher Vertrag, wodurch der Mann seiner Frau die Nutznießung ihres Brautschatzes überläßt, um die Lasten der Ehe selbst zu bestreiten, für keine widerrufliche Schenkung zu halten sey, lehrt eben dieser Ulpian *libro XXXII. ad Sabinum* [74]).

Plane si [75]) convenerat, *uti se mulier pasceret*,

72) Ενδοξων Justinianeor. Decad. VII. Cap. 13. p. 1075 sq.
73) Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 5. Const. 4. pag. 686.
74) *L. 21. §. 1. in fin. D. de donat. inter vir. et uxor.*
75) Einige wollen hier: Plane si *cum* convenerat, lesen. S. *Ant.* Schulting Notae ad Dig. s. Pand. a *Smallenburg* edit.

suosque homines, idcirco passus est eam dote sua frui, ut se suosque aleret: expeditum erit. Puto enim non posse ab ea peti quasi donatum, quod compensatum est.

Endlich gilt auch der Vertrag nicht, daß der Mann für die auf das Heyrathsgut verwendeten nothwendigen Unkosten und Auslagen keine Vergütung erhalten solle, wie Paulus *libro VII. ad Sabinum* [76]) sagt.

Et si convenerit, *ne ob impensas necessarias ageretur*, pactum non est servandum: quia tales impensae dotem ipso iure minuunt.

Der hier angeführte Grund wird in dem Titel de impensis in res dotales factis seine nähere Aufklärung erhalten. Hier bemerke ich nur, daß die Verabredung, der Ehemann solle wegen der auf den Brautschatz verwandten nothwendigen Kosten keine Vergütung fordern, nur insofern nicht gilt, als er noch vor Trennung der Ehe, also vor oder während der Ehe, eingegangen worden ist. Ist die Ehe aufgehoben, und nun von der Restitution des Heyrathsguts die Frage, so hat es keinen Zweifel, daß er sich seines ihm zustehenden Rechts begeben könne. So lehrt auch Paulus *libro XXXV. ad Edictum* [77]), wo er sagt: Ob — impensas factas *tunc* pactio valebit, id est *post divortium*. Heut zu Tage behauptet man jedoch, daß sich der Ehemann seines Rechts, wegen

T. IV. pag. 299. Cod. Erl. liest statt convenerat, *convenerit*.

76) *L*. 5. §. 2. *D. h. t.*

77) *L*. 20. *pr. D. h. t.* S. auch Kohl Tr. de pactis dotalib. P. I. nr. 80. pag. 31.

der auf den Brautschatz verwandten nothwendigen Kosten Vergütung zu fordern, in den Ehepacten gültig begeben könne, weil bey uns jeder Vertrag seine eigenthümliche verbindende Kraft habe [78]).

IV. Noch weniger gelten solche Bestimmungen in den Eheverträgen, wodurch die Frau ihr Heyrathsgut verliert, oder in die Gefahr gebracht wird, solches zu verlieren, oder wodurch sonst die Rechte derselben in Absicht auf die Zurückforderung der dos erschwert werden. Ueberhaupt darf durch die pacta dotalia die conditio mulieris nicht deterior gemacht werden. Daher gilt

1) der Vertrag nicht, daß bey Aufhebung der Ehe das Heyrathsgut der noch lebenden Frau nicht zurückgegeben, sondern dem Manne oder dessen Erben verbleiben solle.

L. 2. D. h. t. Ulpianus *libro XIX. ad Sabinum.* Si convenerit: *ut quoquo modo dissolutum sit matrimonium, liberis intervenientibus, dos apud virum remaneret;* Papinianus Juniano Praetori respondit, morte mariti finito matrimonio, neque convenisse videri dotem remanere [79]): et si convenisset, non esse servandum pactum contra dotem, cum mariti mortalitas [80]) intervenit.

78) S. Weber's syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 81. S. 346. u. §. 84. S. 358.

79) Das heißt, es wird im Zweifel nicht vermuthet, daß der Vertrag auf den Fall geschlossen worden sey, da die Ehe durch den Tod des Mannes getrennt werden würde.

80) Das Wort *mortalitas* für mors ist in den Pandecten nicht ungewöhnlich. S. *Car. Andr.* Duker Opusc. de Latinitate ICtor. vet. pag. 376.

Hiermit steht folgende Stelle, die aus demselben Buche des **Ulpianus** genommen ist, in der genauesten Verbindung.

L. 1. §. 1. D. de dote praelegata. Et ideo, si inter virum et uxorem convenerat, *ut morte viri soluto matrimonio, filio communi interveniente, dos apud mariti heredem remaneret*, et maritus decedens dotem relegaverit: stari pacto non debet ob hoc, quod dos relegata est. Verum et citra relegationem hoc probari debet: *nam quod est admissum, posse deteriorem conditionem dotis fieri, intervenientibus liberis, totiens locum habet, quotiens ipsa in matrimonio decedit, vel divortium intervenit.*

Ist zwischen den Ehegatten der Vertrag geschlossen worden, daß wenn die Ehe durch den Tod des Mannes aufgehoben werden würde, der Brautschatz der Frau den Erben des Mannes verbleiben solle; so ist ein solches Pactum ungültig, wenn auch Kinder in der Ehe wären erzeugt worden[81]). Prälegirt nachher der Mann das Heyrathsgut seiner Frau, so hat er zwar dadurch schon selbst

81) Daß Kinder in der Ehe erzeugt worden sind, macht keine Ausnahme, wie **Burchardi** in den Grundzügen des Rechtssystems der Römer §. 25. S. 147 ff. behauptet. Die von ihm angeführten Gesetzstellen *L. 24. D. h. t. L. 48. D. Soluto matrim.* gehören offenbar nicht hierher, sondern reden von dem Falle, da die Ehe durch den Tod der Frau aufgelößt wird, worin alle Ausleger einverstanden sind. S. Duarenus Comm. ad L. 48. D. Soluto matrim. (*Oper.* pag. 289.) Merillius ad lib. II. Quaestion. Callistrati in *Ev.* Ottonis Thes. iur. Rom. Tom. III. pag. 628. und Pothier Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. XXVII. pag. 34.

den Vertrag wieder aufgehoben. Allein der Vertrag würde auch ohne das Prälegat nicht gegolten haben. Denn conditio dotis kann in dem Falle, da Kinder vorhanden sind, nur dann deterior werden, wenn die Frau vor dem Manne stirbt, oder bey ihrem Leben die Ehe durch ihre Schuld geschieden worden ist[82]. Alles dieses wird noch mehr durch die *L. 3. Cod. de pactis conventis super dote* bestärkt, wo der Kaiser Gordian rescribirt:

Quamvis pater tuus, cum te nuptui collocaret, pactus sit, *ut si maritus tuus, superstitibus filiis communibus, in matrimonio decessisset, pars dotis liberorum nomine retineatur:* eiusmodi tamen conventio, quominus actionem integrae dotis habeat, proficere non potest.

Nur der Vertrag ist gültig, daß wenn die Frau vor dem Manne sterben würde, das Heyrathsgut derselben dem Manne verbleiben solle. Dieser Vertrag ist gültig, es mögen Kinder in der Ehe erzeugt seyn oder nicht, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 12. pr. D. h. t. PAULUS *libro XXXV. ad Edictum.* Si pater dotem dederit, et pactus sit, *ut, mortua in matrimonio filia, dos apud virum remaneret:* puto pactum servandum, etiam si liberi non interveniant.

L. 24. D. eodem. FLORENTINUS *libro III. Institutionum.* Si inter virum et uxorem pactum est, *ut certa pars dotis vel tota ob unum vel plures libe-*

82) S. POTHIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. II. Not. e. pag. 29. und Westphal's System der Lehre von den einzelnen Vermächtniß-Arten. §. 303.

ros intervenientes retineatur: etiam eorum liberorum nomine, qui ante nati sunt, quam dos daretur, aut amplietur, conventio rata est. Nam sufficit, eos ex eo matrimonio nasci, in quo dos data est.

L. 48. D. Soluto matrimonio. Callistratus *libro II. Quaestionum.* Si dotali instrumento ita stipulatio interposita sit: *Ut liberorum nomine dos apud maritum resideat:* nepotum quoque nomine dos retinebitur.

Dahingegen gilt 2) der Vertrag nicht, daß der Mann nur dolum prästiren wolle; wohl aber kann ausgemacht werden, daß der Mann nicht für die Gefahr stehen wolle, wenn die Frau durch Delegation ihres Schuldners die dos bestellt hat, wie aus folgender Gesetzstelle zu ersehen ist.

L. 6. D. h. t. Ulpianus *libro IV. ad Edictum.* Pomponius ait, maritum non posse pacisci: *ut dolum solummodo in dotem praestet:* videlicet propter utilitatem nubentium: quamvis pacisci possit: *ne sit periculo eius nomen debitoris, qui ei dotem promisit* [83]. Nam et ut sit dos periculo mulieris, pacisci eum posse probat; et per contrarium, ut ea dos, quae periculo mulieris est, sit periculo mariti.

83) Der Ausdruck, *debitor marito dotem promisit*, bezieht sich auf die bey den Römern gewöhnliche Delegation, wenn sie Schuldforderungen dotis causa übertragen wollten. S. Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. V. not. d. u. Hasse Culpa des römischen Rechts. 12. Kap. Nr. IX. S. 576 f.

Eben so kann 3) in dem Ehevertrage zwar verabredet werden, daß das Heyrathsgut früher, aber nicht, daß es später zurückgegeben werden solle, als es die Gesetze erlauben.

L. 14. *D. h. t.* PAULUS *libro XXXV. ad Edictum.* De die reddendae dotis hoc iuris est, ut liceat pacisci: *qua die reddatur*: dum ne mulieris deterior conditio fiet.

L. 15. *D. eodem.* GAJUS *libro XI. ad Edictum provinciale.* Id est, ut *citeriore die* reddatur.

L. 16. *D. eodem.* PAULUS *libro XXXV. ad Edictum.* Ut autem longiore die solvatur dos, convenire non potest: non magis, quam ne omnino reddatur.

L. 17. *eod.* PROCULUS *libro XI. Epistolar.* ATILICINUS *Proculo suo Salutem.* Cum inter virum et uxorem pactum conventum ante nuptias factum sit: *Ut quibus diebus dos data esset, iisdem, divortio facto, redderetur*: post quinquennium, quam nuptiae factae sunt, uxor viro dotem dedit: divortio facto, quaero, *utrum quinquennii die vir uxori dotem redderet, an statuto Legibus* [84]) *tempore?*

84) *Em.* MERILLIUS Observation. Lib. V. cap. 10. versteht unter den *Legibus* die Lex Julia et Papia. Es ist auch keinem Zweifel unterworfen, daß in diesem Gesetz die Zeit der Zurückgabe der dos bestimmt war. S. ULPIAN. *Fragm. Tit. VI.* §. 8. und HEINECCIUS ad Leg. Jul. et Pap. Pappaeam Commentar. Lib. II. Cap. 19. §. 2. pag. 328 sq. An dieses tempus Legibus statutum dachte nun auch wohl Proculus. Da jedoch Justinian dieses in der *L. un.* §. 7. *Cod. de rei ux. act.*

PROCULUS respondit: Quod ad diem reddendae dotis attinet, pacto existimo meliorem conditionem mulieris fieri posse, deteriorem non posse. Itaque si cautum est: *ut propiore tempore, quam Legibus constitutum est, reddatur*, stari eo debere: *si ut longiore*, nec valere id pactum conventum. Cuius sententiae conveniens est dicere, si pacto convento cautum est, *ut quanto serius quaeque et post nuptias data fuerit, tanto post divortium reddatur:* si propiore, quam in reddenda dote constitutum est, data sit, valere pactum conventum; si longiore, uon valere.

Was jedoch in den pactis dotalibus nicht gültig geschehen kann, kann nach Trennung der Ehe geschehen, wenn eine rechtmäßige Ursache dazu vorhanden ist, wie Julian *lib. XVIII. Digestorum* in dem folgenden Gesetz lehrt. Licet manente matrimonio non possit inter virum et uxorem convenire: *ut longiore die dos reddatur:* post divortium tamen, si iusta causa conventionis fuerit [85]), custodiri id pactum debet.

geändert hat, so ist hier das neuere Recht um so mehr zu verstehen, da die *L. un.* schon vor den Pandecten gegeben war. Mit GIPHANIUS in Explanat. difficil. LL. Cod. ad L. un. cit, ein emblema Triboniani hier anzunehmen, ist daher ganz unnöthig, wie schon *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iuris Rom. Lib. VII. cap. 19. gezeigt hat.

85) Z. B. wenn der Mann Unglücksfälle erlitten hat. S. CUJACIUS Comm. in libr. XVIII. Dig. Salvii Juliani ad L. 18. h. t. (*Oper.* a FABROTO *editor.* Tom. III. p. 132.)

Aus diesem Allen erklärt sich nun die Stelle des Paulus *libro XXXV. ad Edictum*[86].

Ex pactis conventis, quae ante nuptias, vel post nuptias interponi solent, alia ad voluntatem pertinent: *ut mulier dote promissa se alat*[87], *et donec nupta sit, dos ab ea non petatur*[88]; aut *certam summam viro praestet, et ab eo alatur*, et his similia: alia ad ius pertinent: veluti *quando dos petatur, quemadmodum reddatur;* in quibus non semper voluntas contrahentium servatur. Caeterum si convenerit: *Ne omnino dos petatur*, indotata erit mulier.

Die Eheverträge werden hier in Ansehung des Inhalts auf zwey Classen reducirt. Die Bestimmungen derselben sind entweder blos der Willkühr der Paciscenten überlassen, z. B. daß der Brautschatz nicht eher, als nach geschlossener Ehe, gefordert werden soll, oder daß die Frau aus ihrer dos ihren Unterhalt selbst bestreiten solle. Oder der Inhalt ist nach den Gesetzen zu beurtheilen, und leidet keine willkührliche Abänderung. Dahin gehört, wenn? und wie das Heyrathsgut zurückgegeben werden soll? Hier entscheidet blos das Gesetz, nicht der Vertrag, wenn er diesem widerstreitet. Die Worte: *quando dos petatur*, gehen also auf pacta de die reddendae dotis. Denn die Worte *peti* und *repeti*, werden hier eben so, wie die Worte *dari* und *reddi*, als gleich bedeu-

86) *L.* 12. §. 1. *D. de pactis dotal.*

87) Cod. Erl. liest: *ut* ut mulier *de* dote promissa se aleret.

88) S. *L.* 20. §. 2. *h. t.*

tend genommen [89]. Die Worte: *quemadmodum reddatur* gehen hingegen darauf, ob das Heyrathsgut ganz, oder mit Abzug zurückgegeben werden soll. Respiciunt pacta, sagt Cujaz [90], quae interponuntur *de retentionibus ex dote faciendis, nec tota dote reddenda, aut non faciendis.* Solche Verträge sind bald gültig, bald ungültig, je nachdem sie den Gesetzen gemäß sind oder nicht. Wenn Paulus noch zuletzt sagt: Caeterum si convenerit, *ne omnino dos petatur*, indotata erit mulier; so versteht Cujaz [91] diese Worte so: *Ceterum*, id est, *alioquin*, hac scilicet conventione servata, *ne omnino dos reddatur*, mulier fieret indotata, quod publica utilitas non patitur. Es kann aber auch der Fall mit darunter begriffen werden, von welchem Ulpian *L.* 11. *D. h. t.* spricht, wenn nämlich verabredet worden, daß der Brautschatz während der Ehe gar nicht gefordert werden solle [92]. Ein solcher

89) S. Voorda Thes. controv. Decad. VI. §. 1. In den *Basilic.* Tom. IV. pag. 669. init. heißt es: *τὸ πότε δεῖ ἀπαιτηθῆναι τὴν προῖκα. quando dotem repeti oporteat.* Das Wort *ἀπαιτέω* bedeutet auch im Griechischen sowohl einfordern, als zurückfordern, petere und repetere. S. Schneider's griech. deutsch. Handwörterbuch h. v. Die Glosse des Accursius erklärt auch das petatur durch *repetatur.*

90) Comment. in libr. XXXV. Pauli ad Edictum h. L. Tom. II. pag. 586.

91) Cit. loc.

92) Eben dieses scheint auch die Meinung des *Ant.* Schulting in Notis ad Dig. a *Smallenburg* edit. Tom. IV. ad L. 11 et 12. h. t. pag. 269. und Thibaut im Syst. des Pand. Rechts. 1. Th. §. 479. zu seyn.

Vertrag gilt nicht, ne, quod indignissimum est, inducat, *ut mulier non habuisse dotem existimetur.* Diese Erklärung wird nicht nur durch die Basiliken[93]) wahrscheinlich, worin es heißt: *ἐπεὶ εὑρίσκεται ἄπροικος ἡ γυνή*, i. e. *alioquin mulier invenietur indotata;* sondern sie wird auch durch den Zusammenhang mit dem §. 2. der *L.* 12. *h. t.* bestärkt, wo Paulus folgenden Fall anführt: Si mulier pacta sit, *ne amplius, quam pars dimidia dotis a se petatur*, et poenam stipulata sit: Mela ait, alterutro eam contentam esse oportere; vel exceptione pacti, et acceptam facere poenae obligationem, vel si ex stipulatu agat, denegandam ei exceptionem[94]). Pothier[95]) scheint mir daher nicht Unrecht zu haben, wenn er zu den Worten: *indotata erit mulier*, die Bemerkung macht: Lex autem non patitur, *ut mulier, quae dotata fuit, fiat indotata, aut minus dotata:* unde concludendum reliquit, tale pactum non valere.

V. Eheverträge dürfen auch endlich den Rechten dritter Personen keinen Eintrag thun, welche weder ausdrücklich noch stillschweigend eingewilliget haben, obwohl einem Dritten dadurch Vortheile erworben werden können.

L. 7. *in fin. D. h. t.* Pomponius *libro XV. ad Sabinum:* Dicendum est, paciscendo filiam patris conditionem deteriorem facere non posse

93) Tom. IV. pag. 689.

94) Man sehe über diese Stelle Haubold Diss. de Fabio Mela ICto; eiusq. fragmentis. *Lips.* 1806. §. 18. und Schulting Not. ad Dig. Tom. IV. ad h. L. pag. 270.

95) Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. I. Not. c. pag. 29.

eo casu, quo, mortua ea in matrimonio, dos ad patrem reversura est.

L. 9. D. eodem. Pomponius *libro XVI. ad Sabinum.* Si ita conveniat, *ut, si vivo socero mortua sit filia, ipsi socero, si mortuo, filio eius, si filio quoque defuncto, totum suo heredi reddatur*: benigna interpretatione potest defendi, utilem stipulationem esse.

L. 10. D. eod. Idem *libro XXVI. ad Sabinum.* Avus pactus est, cum dotem pro nepote suscepisset: *Ne a se, neve a filio dos peteretur, ab alio vero, quam filio herede, ut dos peteretur:* exceptione conventionis filius tuendus erit: quippe heredi nostro cavere concessum est: nec quicquam obstat, quo minus certae personae, si heres erit sibi, caveri possit: quod non idem et in caeteris heredibus cavetur. Et ita Celsus scribit[96].

96) Die Stelle des Celsus, worauf sich hier Pomponius beruft, ist aus desselben *libro I. Digestorum*, und befindet sich *L. 33. D. de pactis.* Weil nun Celsus daselbst sagt: Avus *neptis nomine*, quam ex filio habebat, dotem promisit, et pactus est, *ne a se, neve a filio suo dos peteretur* etc., so glaubt Cujacius Observation. Lib. XI. Cap. 29. die Lesart in unserer *L.* 10. *h. t.* sey unrichtig, man müsse nämlich statt *pro nepote* suscepisset, vielmehr pro *nepte sua* promisisset lesen. Ihm stimmen auch *Corn. van* Eck Princip. iuris civ. sec. ord. Dig. P. II. h. t. §. 1. pag. 87. und *Ant.* Schulting Not. ad Dig. seu Pand. a Smallenburg edit. Tom. IV. ad h. L. 10. pag. 268. bey. Allein die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 5. Const. 10. p. 688. bestärken die gemeine Lesart, wo es heißt: Ὑποδεχόμε-

L. 7. Cod. de pactis conventis: Impp. DIOCLETIANUS et MAXIM. AA. et CC. *Phileto.* Pater pro filia dotem datam genero, ea prius in matrimonio defuncta, nepotibus pactus restitui: licet his actionem quaerere non potuit, *tamen utilis eis ex aequitate accommodabitur actio.*

Zwar scheint hier die Regel des Römischen Rechts entgegen zu stehen, nach welcher man nur für sich, nicht für Andere paciscіren kann, welche auch wirklich in folgenden Constitutionen zur Entscheidungsnorm gebraucht wird.

L. 26. Cod. de iure dot. Iidem Impp. *Demostheni.* Si genero dotem dando pro filia pater communis eam reddi tibi *extraneo constituto* 97)

νος παππος ὀνόματι τοῦ ἐγγόνου προῖκα, καλῶς συμφωνεῖ μήτε αὐτὸν, μήτε τὸν υἱὸν ἀπαιτηθῆναι τὴν προῖκα: ἄλλον δὲ κληρονόμον ἀπαιτηθῆναι. i. e. *Avus, qui* NEPOTIS SUI *nomine dotem suscepit, recte paciscitur, ne a se, neve a filio suo dos petatur; ab alio vero herede petatur.* Die gemeine Lesart vertheidiget auch gegen Cujaz *Jo. Jac.* WISSENBACH in Exercitat. ad Pand. Disp. XLVI. §. 21. p. 482.

97) Nämlich per emancipationem. Daß hier von einem *filio sui iuris constituto* die Rede ist, erhellet sowohl aus den vorhergehenden Worten: pater communis, als aus den *Basilicis*, wo es Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 1. Const. 113. pag. 538. heißt: ἐπερωτήσῃ τῷ παιδὶ τῷ αὐτεξουσίῳ τὴν προῖκα αναδοθῆναι. i. e. *filio sui iuris constituto dotem reddi.* Besonders aber bestätigt dieses noch die Interpretation des THALELAEUS Sch. z. pag. 654. wo er sagt: τὸ γὰρ *extraneo constituto*, ἐνταῦθα κείμενον, δείκνυσιν ὅτι ἐκεῖνο περὶ

stipulatus est, nec sibi cessante voluntate[98]), nec tibi *prohibente iure*[99]), quaerere potuit actionem.

L. 4. C. de pactis conventis. GORDIANUS A. *Agatho.* Pactum dotale, quo matrem convenisse cum patre tuo proponis, ut si in matrimonio decessisset, tibi et fratribus tuis dos restitueretur; si stipulatio ex persona vestra, cum in potestate patris constituti non essetis, minus legitima intercessit; defuncta ea in matrimonio, actionem vobis quaerere non potuit. Sed si obligatione verborum rite intercedente dotis petitionem habere potuisti, maxime[100]) si adhuc vinculis potestatis patriae non attigeris, petitionem exequi non prohiberis.

Allein schon die griechischen Scholiasten[1]) haben hierbey bemerkt, daß diese Gesetze blos von dem strengen

ὑπεξουσίου εἴρηται. i. e. *Illud enim*, extraneo constituto, *quod hic habetur; ostendit, id dictum esse de filio, qui in potestate non est.*

98) *Basil.* pag. 538. ἐπειδὰν μὴ ἑαυτῷ ἐπηρώτησεν: *quia sibi stipulatus non est.*

99) *Basil.* ἐπειδὰν δὲ ἐλευθέρου προσώπου ἀγωγὴ οὐ προσπορίζεται. i. e. *quia per liberam personam actio non adquiritur.*

100) Das Wort *maxime* scheint hier überflüßig zu seyn, wie auch die Glosse bemerkt. Allein es heißt auch zuweilen so viel, als *utique* oder ita demum. S. BRISSONIUS. de Verb. iur. Signif. *voc. Maxime.* Diese Bedeutung macht das Wort nicht überflüßig. S. POTHIER Pand. Iustinian. T. II. h. t. Nr. XVIII. Not. i. pag. 32.

1) THALELAEUS in Basilic. Tom. IV. pag. 654. Sch. z. und THEODORUS Schol. t. pag. 709.

Rechte zu verstehen seyen, denn eine actio utilis sey demjenigen, zu dessen Gunsten der Vertrag geschlossen worden, der Billigkeit wegen nicht zu versagen, womit auch Anton Faber [2]) und Joh. Jac. Wissenbach [3]) überstimmen. Favore enim nuptiarum et maxime propter affectionem personarum ad hoc decurrendum est, sagt Paulus *lib. VI. Quaestionum* [4]), in einem ähnlichen Falle, wo er auch der Billigkeit wegen die actio utilis gestattet. Zwar wendet Gerhard Noodt [5]) dagegen ein, sowohl in dem Rescript des Kaisers Gordian, als in jenem der Kaiser Diocletian und Maximian werde die Klage derjenigen Person schlechthin abgesprochen, zu deren Vortheil das pactum dotale war errichtet worden, wenn sie nicht selbst mitstipulirt habe, ohne zwischen der actio directa und utilis einen Unterschied zu machen. Es liege auch gar nicht in der Art der römischen Kaiser, in ihren Rescripten blos das strenge Recht zu berühren, und die derselben gegenüberstehende Billigkeit zu übersehen, wenn sie den Gerichtsgebrauch für sich hat. Allein daß die Kaiser in den Fällen, wo das strenge Recht die Klage versagt, die actio utilis nicht abgesprochen haben, erhellet nicht nur aus der oben angeführten *L. 7. Cod. de pactis conventis*, sondern auch aus meh-

2) Coniecturam iuris civ. Lib. I. Cap. 4.

3) Commentation. in libros VII. priores Cod. ad L. 4. de pactis convent. pag. 437.

4) *L. 45. D. Soluto matrim.* Man vergleiche über diese Stelle *Jac.* Cujacii Commentar. in librum VI. Quaestionum Pauli. (*Oper.* Tom. II. p. 1087.)

5) Ad Edictum Praetoris de pactis et transactionibus. Cap. XXV. (*Oper.* Tom. I. pag. 552. sq.)

reren andern Rescripten der Kaiser Diocletian und Maximian [6]) welche Noodt selbst anführt, und die ihm das Geständniß abnöthigen: *quod novo iure aliud placuerit.*

Heut zu Tage hat dieses vollends keinen Zweifel, da das Princip des römischen Rechts, daß man durch einen freien Menschen kein Recht erwerben könne, überhaupt in Deutschland gar nicht angenommen ist [7]).

Daß durch Eheverträge die Rechte eines Dritten nicht dürfen beeinträchtiget werden, ist zwar aus den oben angeführten Gesetzen klar erwiesen; allein diesen scheint das Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian entgegenzustreiten, welches *L. 6. Cod. de pactis conventis* folgendermassen lautet:

Si convenit, *ut in matrimonio uxore defuncta, dos penes maritum remaneret*: profectitiae dotis repetitionem huiusmodi pactum inhibuisse, explorati iuris est: cum deteriorem causam dotis, in quem casum soli patri repetitio competit, pacto posse fieri, auctoritate iuris saepissime sit responsum.

Wenn die Ehe durch den Tod der Frau getrennt wurde, und der Vater lebte noch, so fiel eigentlich die dos profectitia an den Vater zurück. Von diesem Rück-

6) *L. 8. Cod. ad Exhibendum. L. 3. Cod. de donationib. quae sub modo.*

7) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 343. S. 564. Man sehe auch *Ferd. Christ.* Harpprecht Diss. de fideicommisso conventionali §. 16. (in Eius *Dissertat. acad.* Vol. II. p. 188.)

forderungsrechte soll der Vater durch das pactum dotale ausgeschlossen werden. Unmöglich kann ein solcher Vertrag zum Nachtheil des Vaters, ohne dessen Einwilligung, zwischen Mann und Frau geschlossen werden. Denn dieß wäre ein offenbarer Verstoß gegen die bekannte Rechtsregel: Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri [8]). Es kann daher dieses Rescript wohl anders nicht, als von einem solchem Vertrage verstanden werden, den der Vater selbst mit seinem Schwiegersohne schließt, daß er die dos behalten solle, wenn die Frau in der Ehe sterben würde [9]). Daß durch den Ehevertrag, worin die Erbfolge unter den Ehegatten bestimmt worden ist, der Pflichttheil der Kinder oder Eltern nicht verletzt werden darf, versteht sich ohnehin. Auch dürfen Ehegatten, welche zur andern Ehe schreiten, in den Ehepacten nichts verfügen, was den zum besten der Kinder der ersten Ehe gemachten gesetzlichen Vorschriften zuwider ist [10]). Sie dürfen z. B. nicht wider die L. 6. Cod. de secundis nuptiis anstoßen [11]). Es wäre denn, daß diejenigen, welchen die Ehestiftung zum Nachtheil gereicht, ausdrücklich oder stillschweigend eingewilliget hätten, und auch auf eine

8) *L. 74. D. de div. Reg. iuris.*

9) So verstehen unsere *L. 6. C. de pact. conv.* auch *Jac.* CUJACIUS in Recitation. solenn. in Cod. ad Tit. 14. lib. V. und *Jo. Jac.* WISSENBACH Commentation. in libros VII. priores Cod. h. L.

10) S. Just. Claproth's Rechtswissenschaft von vorsichtiger Eingehung der Verträge. 1. Th. §. 157.

11) S. *Tob. Jac.* REINHARTH Select. Observat. ad Christinaeum. Vol. I. Obs. 72. et 73. Gmelin's und Elsäßers gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle. 1. B. Nr. XX. S. 158. ff.

rechtsgültige Art einwilligen konnten. Daher können z. B. die Eltern, welche in die Ehepacten ihrer Kinder eingewilligt haben, worin eine allgemeine Gütergemeinschaft, oder gegenseitige Erbfolge unter den Ehegatten ist festgesetzt worden, keinen Pflichttheil fordern, weil ihre Einwilligung als eine stillschweigende Entsagung desselben angesehen wird [12]).

§. 1246.

Eintheilung der Eheverträge in einfache und gemischte.

Es ist bereits oben bemerkt worden, daß die deutschen Eheverträge sich von den pactis dotalibus der Römer vorzüglich darin unterscheiden, daß darin gewöhnlich auch zugleich die gegenseitige Erbfolge der Ehegatten bestimmt wird. Solche sucessorische Eheverträge werden nun heut zu Tage in Rücksicht ihrer äußern Form und Wirkung in einfache, pacta dotalia simplicia, und gemischte, pacta dotalia mixta, eingetheilt. Erstere werden diejenigen genennt, welche in der Form eines Vertrags errichtet worden, und, wie alle andere Verträge, einseitig nicht widerrufen werden können. Letztere aber nennt man diejenigen, welche in der Form eines letzten Willens, einer Schenckung von Todes wegen, errichtet worden, und daher, wie diese, stets einseitig widerrufen werden können. Ursprünglich waren in Deutschland nur die erstern bekannt, und deren unwiderrufliche Gültigkeit

12) S. *Frid. Es. a* PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 116. *Aug. a* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCIX. medit. 4. *de* SELCHOW Elem. iuris germ. priv. §. 428. Schott Einleit. in das Eherecht. §. 212.

gar keinem Zweifel unterworfen [13]). Nachdem aber das Römische Recht in Deutschland war eingeführt worden, fingen die romanisirenden deutschen Juristen an die unwiderrufliche Gültigkeit der successorischen Eheverträge zu bestreiten. Sie behaupteten, daß kein Mensch seinem Rechte, ein Testament zu machen, und seinen Willen in Absicht auf seine künftige Verlassenschaft nach Gefallen zu ändern, gültig entsagen könne. Um nun aber das deutsche Recht mit dem römischen zu verbinden, so wurden die Eheverträge, worin man dem überlebenden Ehegatten auf den Todesfall sein Vermögen hinterlassen wollte, in der Form einer letzten Willensverordnung errichtet, um auf solche Art nicht nur die Freyheit der Willensänderung zusichern, sondern auch die Anfechtung derselben aus dem röm. Rechte abzuwenden. So offenbar unrichtig nun auch diese Ansicht war, indem ja ein fremdes Recht, welches nur in Ermangelung vorhandener deutscher Rechte und Gewohnheiten zu Hülfe genommen werden sollte, einen von jeher anerkannten alten deutschen Rechtsgrundsatz nicht zu verdrängen vermochte; so drangen doch diese Juristen mit ihrem irrigen Raisonnement in mehreren deutschen Ländern, z. B. in Sachsen, Anhalt, Frankfurt u. m. a. [14]) in so weit durch, daß diese Theo-

13) *Leges Ripuariorum.* Tit. 37. Si quis mulierem desponsaverit, quicquid ei per tabularum, seu chartarum instrumenta conscripserit, *perpetualiter inconvulsum permaneat.* Mehrere Beweise aus den alten deutschen Gesetzen und gerichtlichen Formeln führt *Just. Henn.* Boehmer in Diss. de successione hereditaria coniugum ex pactis dotalibus. Cap. I. §. 8. an.

14) Mehrere Beyspiele führen an *de* Selchow in Elem. iuris Germ. priv. §. 427. Not. a. und Runde in den Grundsätzen des gem. deutschen Privatrechts. §. 571. Not. a.

rie in mehrere deutsche Gesetzgebungen aufgenommen wurde. Indessen vermochte dennoch diese aus einer ganz unschicklichen Vermischung des römischen und deutschen Rechts hervorgegangene Theorie nicht, ein durchgehends in Deutschland althergebrachtes Recht, nach welchem, so wie alle und jede Verträge, also auch insonderheit Erbverträge, und unter diesen die Eheberedungen, als deren allergewöhnlichste Gattung, eine vollkommene Verbindlichkeit und unwiderrufliche Gültigkeit behaupten, allenthalben zu verdrängen. Einsichtsvollere deutsche Rechtsgelehrte [15]) blieben daher bey diesem alten deutschen Grundsatze, und mehrere deutsche Gesetzgebungen bestätigten ihn, ja gewiß, im Verhältniß zu jenen, bey weitem die meisten [16]). Auf diese Art bildete sich die wissenschaftliche Eintheilung der Eheverträge in gemischte und einfache, welche von einigen [17]) vertheidiget wird, andere [18]) aber als eine abentheuerliche Hirnge-

15) S. GAILL Observat. pract. Lib. II. Obs. 126. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. VIII. Th. 36—40. et Exerc. XXXVI. Th. 95. in fin. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 10. u. a. m.

16) Man sehe das große Verzeichniß der deutschen Stadt- und Landrechte bey *de* SELCHOW in Elem. iuris Germ. priv. §. 427. Not. 3. in Vergleichung zur Not. 2.

17) S. *Aemil. Lud.* HOMBERGK zu Vach Diss. de origine atque indole distinctionis pactorum dotalium in simplicia et mixta, eorumque recta interpretatione. *Marburgi* 1749. 4. *Frid. Jes. a* PUFENDORF Observation. iur. univ. Tom. I. Obs. 209. Lud. Fried. Griesinger's Commentar über das Wirtemberg. Landrecht. 5. B. §. 61.

18) S. Joh. Pet. von Ludewig gelehrte Anzeigen 3. Th. CXX. Stück. *Phil. Jac.* GRAU Specim. sistens mix-

burt romanisirender Rechtsgelehrten aus den Schulen und Gerichten verbannt wissen wollen. Da jedoch diese Eintheilung durch die Verschiedenheit der deutschen Gesetzgebungen nun einmal ein practisches Ansehen gewonnen hat; so kann sie nicht geradezu verworfen werden, sondern es muß in vorkommenden Fällen immer sowohl die Intention der Partheyen, als die Vorschrift der Landesgesetze berücksichtiget, und darnach die Sache behandelt werden [19]. Denn wenn auch als Regel angenommen wird, daß ein Ehevertrag, worin über die künftige Erbfolge der Ehegatten etwas bestimmt wird, in Deutschland eine unwiderrufliche Gültigkeit behauptet; so würde doch der Richter offenbar die Grenzen der richterlichen Gewalt überschreiten, wenn er

turam incongruam iuris Rom. et Germ. in Practicorum distinctione pactorum dotalium in simplicia et mixta, quo discrimen hoc citra omnem tam Rom. quam German. iuris assistentiam purum esse figmentum Practicorum, claris et liquidis evincitur argumentis. *Marburgi* 1744. *Gosw. Jos. de* Buininck Error Pragmaticorum circa distinctionem pactorum dotalium in simplicia et mixta. *Coloniae* 1770. 8. Pütter Elem. iuris Germ. priv. hodierni. §. 288. und Desselben auserlesene Rechtsfälle. 1. B. 2. Th. Resp. XLVI. Hommel Rhapsod. Quaest. in foro quotidie obvenient. Vol. I. Obs. 203. *Mart. Gottl.* Pauli Diss. de divisionis pactorum nuptialium in simplicia et mixta origine auctoritateque praesenti. *Vitemb.* 1771. Runde Grunds. des allgem. deutschen Privatrechts. §. 570. und 571.

19) S. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 6. B. §. 571. Weber's Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1246.

nach diesem Grundsatz in einem Lande sprechen wollte, nach dessen Gesetzen ein anderes verordnet ist, sofern nicht die Partheyen die unabänderliche Verbindlichkeit des Vertrags ausdrücklich verabredet haben. Ja wenn auch in einem Lande die Gültigkeit der einfachen successorischen Eheverträge durch Gesetze oder Herkommen unbezweifelt anerkannt ist; so kann dieses dennoch die Ehegatten nicht hindern, gemischte Eheverträge unter sich zu errichten. Mehrere Rechtsgelehrten [20]) wollen zwar in diesem Falle die Gültigkeit solcher gemischten Eheverträge aus dem Grunde bezweifeln, weil die Eigenschaft der Widerruflichkeit dem Wesen eines Vertrags geradezu entgegen sey. Allein das es dem Wesen eines Vertrags nicht zuwider sey, wenn die Paciscenten ausdrücklich unter sich festsetzen, daß der Vertrag erst mit dem Tode des Paciscenten, welcher dem Andern etwas zu leisten verspricht, unwiderruflich seyn solle, beweisen mehrere selbst in dem römischen Recht vorkommende Beyspiele [21]). Eben so wenig ist es einigem Zweifel unterworfen, daß in einem Lande, wo die gemischten Eheverträge durch Gesetze oder Herkommen eingeführt sind, von den Ehegatten auch einfache Eheverträge errichtet werden können, welche unverbrüchlich gehalten

20) S. Grau Specim. cit. Cap. III. §. 51. *Ge. Henr.* Ayrer Progr. de pactorum successoriorum inter coniuges stabilitate legibus firmius stabilienda. *Goett.* 1760.

21) Z. B. eine Schenkung von Todes wegen, eine Schenkung zwischen Mann und Frau, eine Schenkung, welche der Vater seinem Hauskinde macht, erlangt erst durch den Tod des Schenkenden eine unwiderrufliche Gültigkeit. S. Griesinger's Commentar über das Wirtemberg. Landrecht. 5. B. §. 61. S. 233 — 236.

werden müssen, wofern nicht die Landesgesetze ein anders verordnet haben[22]).

§. 1247.

Unterschied zwischen einfachen und gemischten Eheverträgen.

Nachdem nun einmal die Eintheilung der Eheverträge in einfache und gemischte durch die Praxis eingeführt worden, so ist auch der Unterschied zwischen beyden von practischer Wichtigkeit. Er besteht darin.

1) Einfache Eheverträge werden blos nach den Grundsätzen von Verträgen beurtheilt. Sie erfordern daher a) keine äußere Förmlichkeit, sondern die bloße Einwilligung der Interessenten ist zur Errichtung derselben hinreichend. Zwar wollen einige Rechtsgelehrten[23]) die gerichtliche Bestätigung in dem Falle für nothwendig halten, wenn der Ehemann durch den Ehevertrag mehr, als 500 Ducaten, zu erlangen sucht; allein, wofern nicht die besondern Landesgesetze die gerichtliche Insinuation zur Form ausdrücklich vorgeschrieben haben; ist sie zwar wohl anzurathen, allein nothwendig ist sie nicht, wie Pütter[24]) sehr gründlich ausgeführt hat. b) Als wahre Verträge, deren Erfüllung nur bis auf die Zeit des Todes der Contrahenten ausgesetzt ist, insofern nämlich von deren gegenseitigen Erbfolge die Rede ist, sind einfache Eheverträge

22) S. Struben's rechtliche Bedenken. 3. Th. Bed. LXIII. S. 244. a. E.

23) Mascov Electa dotalia. §. 26. Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Nr. XXXVI.

24) Auserlesene Rechtsfälle 1. B. 2. Th. Resp. XLVI. S. 457.

sogleich vollkommen gültig und verbindlich. Sie können daher einseitig nicht widerrufen werden, es sind vielmehr Testamente und alle andere Dispositionen, insofern sie denselben zuwider, ohne Einwilligung des andern Theils, errichtet worden sind, für nichtig zu halten [25]. c) Einfache Eheverträge, wodurch die gegenseitige Erbfolge der Ehegatten bestimmt worden ist, begründen ein wahres Erbrecht. Der Ehegatte, welcher vermöge derselben succedirt, genießt daher auch alle Rechte und Vortheile eines wahren Erben. Ja er ist der einzige wahre Erbe des Verstorbenen, neben welchem kein anderer successor universalis Statt haben kann, vorausgesetzt, daß dem überlebenden Ehegatten das ganze Vermögen des Verstorbenen zugesichert worden [26]. Durch diese vertragsmäßige Erbfolge wird also die gesetzliche Erbfolge eben so ausgeschlossen, als die Ehegatten, welche solche einfache Eheverträge schließen, hierdurch stillschweigend auf die statutarische Portion Verzicht gethan haben [27]. Wäre hin-

25) Boehmer Diss. de successione hereditaria coniugum ex pactis dotalib. Cap. II. §. 9. *Jo. Christoph.* Hartmann Disp. de pactis dotalibus in vim contractus initis. *Erford.* 1716. §. 33. sqq. *Frid. Gottl.* Zoller Exercit. iurid. quaestionem continens, an pacta dotalia invita altera parte revocari possint? *Lipsiae* 1770. Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 531. Danz Handbuch des deutschen Privatrechts. 6. Band. §. 570. von Bülow und Hagemann's practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. IV. B. XXIX. Erört. §. 7. ff.

26) S. Boehmer Diss. cit. Cap. II. §. 10. sqq.

27) S. Leyser Vol. V. Specim. CCCVII. medit. 5. Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 53. *Christph.*

gegen dem überlebenden Ehegatten nur ein Theil der Erbschaft zugewendet worden, so kann zwar in Rücksicht des übrigen Vermögens des Verstorbenen noch eine Intestat- oder Testamentserbschaft Statt finden, weil sich nach deutschen Rechten die vertragsmäßige Erbfolge mit beyden verträgt [28]). Es ist aber denn doch immer der überlebende Ehegatte noch als Miterbe anzusehn, dem daher weder der Intestat- noch der Testamentserbe die Falcidische oder Trebellianische Quarte abziehen darf [29]). Ja von diesem Abzuge würde der überlebende Ehegatte auch dann frey zu sprechen seyn, wenn ihm auch nicht einmal eine pars quota hereditatis, sondern nur eine Summe Geld ausgesetzt worden wäre, weil dieses wenigstens als eine Schenkung unter den Lebenden anzusehen seyn würde, bey welcher auch selbst nach dem römischen Recht die Falcidia nicht Statt findet [30]) Der Anspruch des überlebenden Ehegatten auf die statutarische Portion fällt aber auch hier weg [31]); wo-

Henr. de Berger Disquisit. Utrum et quousque pacta dotalia ex statutis sint interpretanda et supplenda? *Viteb.* 1722. 4. §. 7. *Car. Frid.* Walch Exerc. de renunciatione portionis statutariae tacita. (*Jenae* 1760.) §. 7. et 11. (in *Opuscul.* Tom. II. pag. 246. et 250.) Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 530.

28) S. Boehmer Diss. cit. Cap. II. §. 11.

29) *Jo. God.* Bauer Diss. de quarta Trebellianica in pacto nuptiali exule. *Lips.* 1731. §. 11. et 16. sqq. (in *Opusc.* T. I. Nr. VII.)

30) *L.* 27. *D. de mortis causa donation.* Danz Handb. des deutschen Privatrechts. 6. Band. §. 570. S. 187.

31) S. *Christ. Gottl.* Haubold ad *Bergeri* Oecon. iuris Tom. I. Lib. I. Tit. III. Th. 11. not. b. pag. 146. und *Aug. a* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. CCCVII. Medit. 5.

fern er sich nicht solche ausdrücklich vorbehalten hat [32]), vorausgesetzt, daß es demselben bekannt war, daß ihm diese Portion zukomme, oder dieses wissen konnte [33]). Von ganz anderer Art sind

2) Die gemischten Eheverträge. Diese werden nach den Grundsätzen letzter Willensverordnungen beurtheilt, und zwar hat man die Grundsätze des römischen Rechts von Schenkungen von Todes wegen auf sie übertragen [34]). Sie müssen daher a) entweder gerichtlich oder vor fünf Zeugen errichtet werden [35]). b) Ihre vollkommene Gültigkeit erhalten sie erst durch den eintretenden Todesfall eines der Ehegatten. Sie können daher bis dahin einseitig widerrufen werden; jedoch steht dieses Recht nur den Ehegatten selbst, nicht aber deren Eltern zu, wenn diese gleich den Ehevertrag Namens der Kinder geschlossen haben sollten [36]). c) Gemischte Eheverträge, wenn auch dem überlebenden Ehegatten das ganze Vermögen des verstorbenen wäre vermacht worden, begründen nur eine successio singularis, neben welcher also ein

32) Danz a. a. O. §. 570. Nr. V. S. 186.

33) Iuri ignoto renunciari haud potest. S. Walch cit. Diss. de renunciatione portionis statutariae tacita. §. 8.

34) S. Boehmer Diss. de success. hereditar. coniugum ex pactis dotalib. Cap. II. §. 4.

35) Berger in Oecon. iuris. Lib. I. Tit. III. Th. XI. Not. 3. hält die gleichzeitige Gegenwart der 5 Zeugen so wenig, als eine Rogation derselben für nöthig. Allein es sind hier die Grundsätze des röm. Rechts zu befolgen. *L. ult. §. ult. Cod. de codicillis. L. ult. Cod. de mortis causa donat.*

36) S. Hofacker Princ. iur. civ. T. I. §. 532. a. E.

anderer Intestat- oder Testamentserbe vorausgesetzt wird [37]. d) Bey gemischten Eheverträgen findet daher, wie bey Schenkungen von Todes wegen, der Abzug der Falcidischen Quarte Statt [38]. Von einer Enterbung, oder Substitution aber, kann hier darum keine Rede seyn, weil dergleichen Verfügungen nur in Testamenten, nicht aber in Schenkungen von Todes wegen angeordnet werden können [39]. Jedoch kann eine fideicommissarische Substitution darin geschehen [40].

§. 1248.

Für welche Art der Eheverträge streitet im Zweifel die Vermuthung?

Entsteht in einem vorkommenden Falle die Frage, ob die errichtete Ehestiftung für eine einfache oder für eine gemischte zu halten sey, so haben die Interessenten entweder ihre Absicht, unwiderruflich oder widerruflich disponiren zu wollen, deutlich ausgedrückt, oder nicht. In jenem Falle fällt aber Zweifel weg. Haben also die Paciscenten ausdrücklich erklärt, daß sie unwiderrufliche Ehepacten haben errichten wollen, so kommt es auf die Worte, wie sie die Erbfolge unter sich festgesetzt haben, nicht weiter an, wenn diese auch auf einen letzten Willen hindeuten sollten [41]. In dem letztern Falle aber streitet die rechtliche

37) Boehmer Diss. cit. loc. cit. Thibaut Syst. des Pandektenrechts. 1. B. §. 480.

38) *L. 2. C. de mort. caus. donat.* Claproth's Rechtswissenschaft von vorsichtiger Eingehung der Verträge. 1. Th. §. 160. S. 466. Danz a. a. O. S. 187.

39) Claproth a. a. O.

40) *L. 1. C. de mort. c. donat.* Claproth a. a. O.

41) S. Wernher select. Observation. for. Tom. II. P. X. Obs. 355. et Tom. III. P. 1. Obs. 101.

Vermuthung im Zweifel immer dafür, daß die Ehestiftung, als eine einfache und unwiderrufliche, sey errichtet worden, weil diese der Natur der Verträge mehr entspricht, von welcher aber die Eigenschaft der Widerruflichkeit offenbar abweicht, die als irregulär nie vermuthet werden kann [42]). Daher können auch weder die gebrauchten Ausdrücke erben, succediren, vermachen, als welche ebenfalls auf eine vertragsmäßige Erbfolge passen, noch die Zuziehung von Zeugen, wenn deren gleich an der Zahl fünf seyn sollten, da solches auch wohl bey einfachen Eheverträgen der Fall seyn kann; noch die Beyfügung der Codicillar-Clausel, als welche hier offenbar vergeblich angebracht wird, da sie nur bey unförmlichfehlerhaften Testamenten von Wirkung seyn kann, für sich allein eine Vermuthung für gemischte Ehestiftungen begründen [43]). Könnten freylich nach den besondern Gesetzen oder nach einem unbestrittenen Herkommen an einem Orte einfache successorische Eheverträge nicht gültig errichtet werden; so müßte der Richter gegen die Gültigkeit der einfachen Ehestiftungen blos für die gemischten sprechen.

§. 1249.

Fälle, wo Eheverträge ihre Gültigkeit verlieren.

Eheverträge verlieren ihre Gültigkeit, 1) wenn die Ehe gar nicht erfolgt, oder 2) durch Ehescheidung getrennt wird.

42) Struben's rechtliche Bedenken 1. Th. Bd. 63. PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 209. Claproth angef. Rechtswissenschaft. 1. Th. §. 160. S. 466.

43) HOMBERGK zu Bach Diss. de origine et indole distinctionis pactor. dotal. in simplicia et mixta. Cap. 2. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 533. Danz a. a. O. §. 570. S. 184.

Denn sie sind immer unter der stillschweigenden Bedingung zu verstehen, wenn die Ehe wirklich erfolgt, und bis an den Tod fortdauern wird. 3) Wenn sie mit beyderseitiger Einwilligung, vorausgesetzt, daß dadurch das Recht eines Dritten nicht verletzt wird [44]), oder, sofern es gemischte Eheverträge sind, durch einseitigen Wiederruf sind aufgehoben worden. 4) Durch Kinderzeugung, wenn nämlich in der Eheberedung, bey der darin bestimmten Erbfolge der Ehegatten, die Kinder, die in der Ehe erzeugt werden könnten, entweder gar nicht bedacht, oder die Ehepacten nur auf den Fall errichtet worden sind, wenn keine Kinder in der Ehe erzeugt werden würden. Es tritt hier die deutsche Parömie ein: Kinderzeugen bricht Ehestiftung [45]), welche jedoch nur so zu verstehen ist, daß die Ehestiftung blos in Rücksicht der darin verabredeten Erbfolge der Ehegatten durch die Geburt der Kinder aufgehoben wird, vorausgesetzt, daß die Kinder auch noch zu der Zeit am Leben sind, da von der Erbfolge die Rede seyn kann. In Ansehung alles übrigen, was sonst noch in den Eheverträgen, ausser der Erbfolge, bestimmt worden ist, behalten

44) S. Pütter's auserlesene Rechtsfälle. 1. Bandes 2. Th. Resp. XLV.

45) S. *Jo. Heinr.* Eberhard Exercit. acad. de pactis dotalibus ob supervenientiam liberorum tollendis. *Herbornae* 1766. Joh. Fried. Eisenhart's Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern. 2. Abth. Nr. XXV. S. 145. und Ernst Lud. Aug. Eisenhart in der Anmerk. 1. zur neuen Ausgabe. (Leipz. 1792.) Pütter's auserlesene Rechtsfälle. 1. B. 2. Th. Decis. LXVI. n. 32 — 34. S. 553. Christ. Aug. Günther's rechtliche Bemerkungen 1. Th. (Helmstädt 1802.) Nr. V. S. 24. ff.

dieselben ihre verbindliche Kraft, auch wenn der Kinder darin gar nicht gedacht worden ist, gerade so, wie nach der Nov. *CXV. Cap.* 3. das Testament, ausser der Erbeinsetzung, in allen übrigen Puncten gültig bleibt, wenn darin Kinder, denen der Pflichttheil gebührt, von den Eltern übergangen worden sind. Die Grundsätze des röm. Rechts von den Rechten der Notherben finden hier ihre vollkommene Anwendung. Denn sie beruhen auf solchen Gründen, welche sich nicht blos auf Testamente beschränken, sondern bey allen andern Dispositionen, wodurch Notherben in ihrem Pflichttheil verletzt worden sind, eben sowohl Anwendung finden [46]. Sehr richtig sagt daher Pufendorf [47]: Quibus hereditas per praeteritionem vel exheredationem testamento auferri non potest, iis nec pacto auferri, iuris utique ratio exigit. Neque intelligitur, cur parentibus pacto successorio, quam testamento, plus in liberos liceat, adeoque cum in testamento praeterire liberos non possint, cur pacto possint? Certe utique semper idem liberorum favor intelligitur. — Omnino igitur huiusmodi pacta successoria vel nulla seu irrita declaranda, vel ut inofficiosa rescindenda sunt, nec sufficit, si legitimam portionem heres liberis offerat, quod tum demum admitti potest, si titulum honorabilem heredis liberi consequantur. Es sind jedoch nicht alle Rechtsgelehrten

46) S. *Jo. Henr.* Mayer Diss. An et quatenus principia iuris Romani de successione necessaria etiam ad pacta successoria applicari possint? *Goettingae* 1805.

47) Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 173.

dieser Meinung. Mehrere [48]) bestreiten die Gültigkeit des Schlußes von Testamenten auf Verträge; sie läugnen, daß den Kindern das Recht zustehe, einen solchen Ehevertrag anzufechten, worin sie übergangen worden sind, und wollen ihnen weiter nichts, als das Recht einräumen, den Pflichttheil zu fordern. Allein der Irrthum dieser Rechtsgelehrten leuchtet in die Augen. Erbverträge sind nach deutschen Rechten ein eben so gesetzmäßiger modus, über sein Vermögen auf den Todesfall zu disponiren, wie bey den Römern die Testamente. Wer also über sein Vermögen einen Erbvertrag errichten will, muß die Rechte der Notherben nicht minder respectiren, als wenn er ein Testament gemacht hätte [49]). Denn daß diese Rechte nicht blos auf Testamente beschränkt sind, sieht man schon daraus, weil sie die römischen Gesetze selbst bey Schenkungen unter den Lebenden, ja selbst bey der Bestellung einer Brautgabe zur Anwendung bringen [50]). Das Römische Recht ist nun in Deutschland in seinem ganzen Umfange recipirt, so weit es anwendbar ist. Das Recht der Kinder auf den Pflichttheil ist aber nach diesem Recht unverletzbar [51]). Diesem Rechtssatze wird auch von den Gegnern nicht widersprochen. Den Pflichttheil wollen sie frey-

48) *Car. Ferd.* Hommel Rhapsod. quaestion. in foro quotidie obvenient. Vol. I. Obs. 203. nr. 5. *Jo. Christ.* Reinhard Diss. de pactis dotalibus ob supervenientiam liberorum haud tollendis praes. *Jo. Frid.* Eisenhart def. *Helmstadii* 1764. 4.

49) S. Mayer Diss. cit. Cap. 1. §. 5—7.

50) Vid. Tit. Cod. *de inofficiosis donationibus* (III. 29.) et Tit. *de inofficiosis dotibus.* (III. 30.)

51) *L.* 32. *C. de inoff. testam. Nov. XVIII. cap.* 3.

lich den Kindern lassen, welche in dem elterlichen Erbvertrage übergangen worden sind; sie sollen nur den Vertrag nicht anfechten dürfen. Allein sie hätten nicht vergessen sollen, daß es nach den neuesten Verordnungen des Kaisers Justinian nicht genug sey, wenn die Kinder ihren Pflichttheil der Quantität nach bekommen. Sie sollen ihn auch in der gehörigen Qualität, das heißt, als Erbtheil, folglich titulo universali erhalten. Haben sie ihn in dieser gesetzlichen Eigenschaft, als Erben, nicht erhalten, so können sie auf Rescission der ihnen nachtheiligen Disposition klagen, und verlangen, daß ihnen die Erbschaft, als Intestat-Erben, zuerkannt werde [52]). Nun spricht zwar freylich Justinian gerade in dieser seiner neuesten Verordnung nur von Testamenten. Allein was die Gesetze von Erbeinsetzung der Notherben, vom Pflichttheil, und von dem Rechtstitel desselben bey Testamenten verordnen; das muß auch bey Erbverträgen gelten. Denn der Grund der Gesetze ist der nämliche. Ihre Absicht ist, die nächsten Blutsfreunde gegen das Unrecht der Ausschließung von der Erbschaft zu schützen, und diesen Notherben ihr Recht auf den Pflichttheil zu versichern [53]). So wenig nun durch Testamente das Recht eines Notherben an Quantität und Qualität verletzt werden darf, eben so wenig darf es durch Erbverträge geschehen [54]).

52) *Nov. CXV. Cap.* 3. Man vergleiche hier den Commentar Th. 7. §. 548. S. 112. und §. 551. S. 321 ff.

53) *Nov. CXV. Cap.* 5.

54) Man sehe hier vorzüglich Nic. Thad. Gönner, über den Begriff eines Notherben, und die Erlöschung dieser Eigenschaft in besonderer Anwendung auf teutsche Erbverträge. Landshut 1812. 8.

Denn Erbverträge haben im Gegensatz der Intestaterbfolge dieses mit Testamenten gemein, daß sie eine Erbschaft vermöge des erklärten Willens des Erblaßers übertragen. Sie unterscheiden sich von Testamenten nur darin, daß sie nicht auf der einseitigen Willenserklärung beruhen, und daher keiner Abänderung unterliegen, sondern als Handlung unter den Lebenden, als Vertrag, sogleich für beyde Theile verbindlich und unwiderruflich sind. Wer also eine Erbschaft vermöge eines Erbvertrags erhält, ist eben so anzusehen, als wäre er in einem Testamente als Erbe eingesetzt worden. Er ist also sogut wahrer Erbe, als der Testamentserbe, und hat alle Rechte der Testamentserben. Daher kann auch der Pflichttheil titulo universali in einem Erbvertrage gegeben, und der Notherbe, welcher ihn als Erbe durch Vertrag erhält, muß eben so angesehen werden, als ob er in einem Testamente als Erbe wäre eingesetzt worden [55]. Sind also die Kinder in dem Ehevertrage ihrer Eltern sogut, wie der überlebende Ehegatte, in Rücksicht auf die Erbfolge, bedacht; so ist die Ehestiftung nicht ungültig, wenn auch das, was sie erben sollen, den ihnen gebührenden Pflichttheil, der Quantität nach, nicht erschöpfen sollte. Sie können in diesem Falle nur auf Ergänzung klagen [56].

Da bey gemischten Eheverträgen der überlebende Ehegatte nur wie ein mortis causa donatarius, und also als ein successor singularis betrachtet wird; so sind hier die Kinder die eigentlichen Intestaterben des verstorbenen Gatten. Sind sie also auch nicht bedacht,

55) S. Gönner's angef. Schrift. S. 95 ff.

56) S. Günther's angef. rechtl. Bemerkungen. 1. Th. S. 24.

so können sie dennoch den Vertrag nicht als ungültig anfechten, weil hier, außer ihnen, kein Erbe vorhanden ist, durch den sie wären ausgeschloßen worden. Sie können also in diesem Falle eben so, als wären sie übermäßig mit Vermächtnissen beschwert worden, den ihnen gebührenden Pflichttheil, als Surrogat der Falcidie, fordern, weshalb ihnen denn auch diejenigen Rechtsmittel zu Gebote stehen, deren sich der Erbe wegen der Falcidischen Quarte bedienen kann [57].

57) S. den 7. Th. des Commentars. §. 550. S. 180 ff.

Lib. XXIII. Tit. V.
De fundo dotali.

§. 1250.
Veräußerungsverbot unbeweglicher Dotalgüter.

Wie weit sich das Veräußerungsrecht des Ehemannes in Ansehung des Heyrathsguts der Ehefrau erstrecke, ist schon oben (§. 1236.) erörtert worden. Es ist auch schon oben bemerkt worden, daß das Justinianeische Recht jede Art der Veräußerung unbeweglicher Dotalgüter dem Ehemann untersagt, wenn sie auch mit Einwilligung der Frau geschähe [58]. Eben so ist auch schon oben die

58) *Pardulph.* PRATEIUS ad Legem Juliam de fundo dotali. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. V. p. 5?1. sq.) *Jos. Fernand. de* RETES succisiva selectio ad Legem Juliam de fundo dotali. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 471. sq.) *Jac.* CUJACIUS Observation. Lib. VII. Cap. 23. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Paratitla ad Tit. Dig. et Cod. de fundo dotali. *Tubingae* 1656. *Car. Em.* BADER Diss. de iure mariti circa alienationem dotis, praes. *Rud. Christoph.* HENNE, *Erfordiae* 1779. def. 4. *Jo. Phil. El.* FRESENII Diss. de alienatione bonorum uxoriorum partim valida partim in-

ausgedehnte Bedeutung des Ausdrucks *alienatio*, Veräußerung, erklärt worden. Hier bemerke ich nur noch, daß das Veräußerungsverbot den Bräutigam eben so wohl, wie den Ehemann, angeht[59]). Da jedoch die Universal-Succession, als solche, dem Veräußerungsverbote nicht unterworfen ist, so geht zwar nach dem Tode des Mannes der fundus dotalis mit der Universal-Erbschaft auf den Erben desselben über, aber doch nur mit dem Rechte der Unveräußerlichkeit[60]). Denn das Grundstück hört auch

valida ex iure praecipue Francofurtano, praes. *Jo. Christph.* KOCH. *Giessae* 1773. 4.) *Steph.* LUZAC Specim. exhibens observationes nonnullas ad Legem Juliam de fundo dotali. *Lugd. Batavor.* 1781. 4. *Rud.* HOMMEL Diss. de fundo dotali eiusque ex iure Romano, Germanico, et Saxonico alienatione, praes. *Christ. Gottl.* BIENERO, *Lipsiae* 1786. 4. und *Gottfr. Henr.* BOETTCHER Specim. quo vicissitudines iuris Rom. circa obligationem et alienationem fundi dotalis proponuntur. *Goettingae* 1797. 8. welche letztere Schrift jedoch ein fast wörtlicher Abdruck des ganzen erstern Kapitels der vorhergehenden Dissertation ist.

59) *L.* 4. *D. h. t.*

60) *L.* 1. §. 1. *D. eodem.* PAULUS *libr. XXXVI. ad Edictum.* Sed et *per universitatem* transit praedium, secundum quod possibile est, ad alterum, veluti ad heredem mariti: *cum suo tamen iure, ut alienari non possit.* Man sehe auch *L.* 62. *D. de acquir. rer. dom.* S. *Jac.* CUJACIUS Commentar. in libr. XXXVI. *Pauli* ad Edictum ad L. 1. D. h. t. *Oper.* Tom. II. pag. 590 sq. und Hasse über Universitas iuris und rerum, in dem Archiv für die Civilist. Praxis von Löhr, Mittermaier und Thibaut. 5. B. Nr. I. S. 41.

nach getrennter Ehe nicht auf Dotalgut zu seyn[61]). Des Schwiegervaters Einwilligung bey der Veräußerung des praedii dotalis gilt übrigens so wenig, als die Einwilligung der Frau[62]). Denn hat der Vater einmal das Heyrathsgut für die Tochter bestellt, so hat sie es nun als Frau erworben. Der Vater kann also durch seine Einwilligung nur sich, nicht aber seiner Tochter, schaden[63]). Die Frau selbst aber kann darum keine verbindliche Einwilligung ertheilen, weil das Gesetz besorgt, der Mann möchte sie durch Drohungen oder Schmeicheleyen dazu verleitet haben, oder, wie das Gesetz[64]) sagt: ne fragilitate naturae suae in repentinam deducatur inopiam.

61) *L.* 12. *pr. D. h. t.* Papinianus *libr. I. de adulteriis* (oder vielmehr *libro II.* S. Hoffmann ad L. Jul. de adult. coerc. Cap. VIII. §. 7.) Etiam si dirempto matrimonio, dotale praedium esse intelligitur. Statt etiam *si* lesen die meisten Ausgaben: etiam mit Weglassung des si. Z. B. Haloander, Chevallon, Baudoza, Miräus, Merlinus, u. a. m. In den *Basilic.* Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 6. Const. 12. p. 715. heißt es: Καὶ μετὰ λύσιν τοῦ γάμου μένει προικιμαῖος ὁ ἀγρός. Cod. Erl. liest jedoch Etiam *si.*

62) *L.* 12. §. 1. *D. eodem.* Socbri voluntas in distrahendo dotali praedio nulla est. *Soceri*, id est, patris mulieris. Desselben wird hier nur darum allein gedacht, weil die Einwilligung der Frau bey der Veräußerung des fundus dotalis nach der Lex Julia gültig war. S. Cujacius Observat. Lib. XI. cap. 28.

63) *L.* 7. *D. de pactis dotal.*

64) *L. un.* §. 15. *C. de rei uxor. act.*

§. 1251.

Wirkung einer gegen das Verbot unternommenen Veräußerung.

Daß die dem gesetzlichen Verbote zuwider unternommene Veräußerung eines unbeweglichen Dotalguts nichtig sey, ist schon der allgemeinen Vorschrift gemäß, welche Handlungen gegen gesetzliche Verbote für wirkungslos und nicht geschehen gehalten wissen will, wenn auch diese Folge in dem Verbote selbst nicht angedrohet worden ist [65]. Es lehrt dieses aber auch Papinian ausdrücklich, wenn er *libro* 3. *Quaestionum* [66]) sagt: Cum vir praedium dotale vendidit scienti vel ignoranti rem dotis esse: *venditio non valet*. Nach der Lex Julia galt zwar die Veräußerung nur dann nicht, wenn sie ohne Einwilligung der Frau geschehen war; allein nach der Verordnung des Kaisers Justinian [67]) ist sie schlechterdings ungültig, sie mag mit oder ohne Einwilligung der Frau geschehen seyn. Und zwar tritt diese Folge der Nichtigkeit sogleich, und also schon während der Ehe ein, nicht erst nach deren erfolgten Trennung, wie Matth. Wesenbec [68]) lehrt, welcher behauptet, die Veräußerung gelte, so lange die Ehe besteht, ex iure mariti; die Folge der Ungültigkeit trete erst nach Aufhebung derselben ein. Denn die Regel soluto iure dantis, resolvitur ius accipientis findet hier keine Anwendung. Daß die

65) *L.* 5. *C. de Legibus*. S. Lauterbach Diss. cit. de fundo dotali. §. 36.

66) *L.* 42. *D. de Usurpat. et Usucap.*

67) *L. un.* §. 15. *C. de rei uxor. act.*

68) Comment. in Pand. iuris civ. h. t. in fine.

Wirkung der Nichtigkeit sich nicht erst nach getrennter Ehe äußere, giebt Papinian in der vorhin angeführten Stelle selbst nicht undeutlich zu verstehen, wenn er daselbst sagt, die Veräußerung werde gültig, wenn die Frau in der Ehe gestorben, und der Mann nach ihrem Tode das ganze Heyrathsgut lucrirt. Seine Worte sind: quam defuncta postea muliere in matrimonio, *confirmari convenit*, si tota dos lucro mariti cessit. Zuweilen kann jedoch die Folge der Alienation während der Ehe in suspenso bleiben. Afrikan führet hiervon *libro VIII. Quaestionum* [69]) folgenden Fall an:

Si marito debitori fundi, id quod debet, doti mulier promiserit, dotalem fundum effici. — §. 3. His consequens esse ait, ut si Cornelianum aut Sempronianum fundum debenti, id quod debet, doti promissum sit, utrum eorum dotalem esse malit [70]): plane [71]) utrum velit alienaturum, alte-

69) *L*. 9. *pr. et* §. 3. *D. h. t.*

70) *Cod. Erl.* hat: hunc dotis esse. Eben so Haloander, Chevallon, Merlinus, Baudoza u. a. Allein *Guil.* Best Ratio emendandi Leges Cap. I. §. 10. nr. 2. glaubt durch Versetzung der Worte könne, ohne diesen Zusatz, der Dunkelheit abgeholfen werden. Er liest nämlich: Utrum eorum dotalem malit, esse. Noch besser liest *Christfr.* Waechtler in Opuscul. iurid. philologic. rariorib. a *Chr. Henr.* Trotz edit. Trai. ad Rhen. 1733. 8. pag. 455. et 489. — Utrum eorum malit, dotalem esse. So ist der Sinn vollkommen deutlich.

71) *Cod. Erl.* liest: Plane si fundum Cornelianum aut Sempronianum mulieri debuit, et, quod debebat, in dotem promissum sit, utrum velit alienaturum. Eben

rum alienari [72]) non posse: si tamen alienum [73]) rursus redimat, adhuc in eius potestate est, an eum, quem retinuisset, alienari [74]) velit.

Der Fall ist also folgender. A. ist der B. aus einem Testamente ein Grundstück als Vermächtniß zu geben schuldig, und zwar soll es seiner Willkühr überlassen seyn, ob er ihr den fundus Cornelianus oder Sempronianus

so hat auch *Claud. Chevallon*. In anderen alten Ausgaben, z. B. der des Baudoza, Merlinus u. a. m. heißt es: Plane, si fundum illum, aut illum mulier debuit, et, quod deberet, in dotem promissum sit: utrum velit alienaturum. Allein dieser Zusatz scheint ein Glossem zu seyn, denn er ist ganz unnütz. Der Sinn der Worte: *Plane, utrum velit, alienaturum* ist der: Er mag also von beyden Grundstücken veräussern, welches er will, dieses kann er ohne Bedenken. Zur Erläuterung können auch hier die *Basilica* dienen, wo Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 6. Const. 9. in fin. p. 715. unser Fragment folgendermassen lautet: *εἰ δὲ δύο ἀγροὶ ἦσαν, ὅν ἂν θέλω γίνεται προῖξ. Καὶ ἐὰν ἐκποιήσω τὸν ἕνα, ὁ ἄλλος γίνεται ἀδιατίμητος προικιμαῖος. καὶ ἐὰν ἀνταγοράσω τὸν ἐκποιηθέντα, δύναται τὸν μείναντα ἐκποιῆσαι.* i. e. *Si vero erant duo fundi, is, quem velim, in dote est: et si unum alienavero, alter dotalis efficitur: et si alienatum redemero, potest eum, qui remanserat, alienare.*

72) So liest auch *Cod. Erl.* Eben so Miräus und die übrigen Ausgaben.

73) *Cod. Erl.* hat alienatum, und eben so Haloander, Chevallon, Miräus und Merlinus. Diese Lesart bestätigen auch die *Basilica* c. l. *ἐκποιηθέντα*.

74) *Cod. Erl.* alienare. Eben so alle übrige angeführte Ausgaben. *Basilica* *ἐκποιῆσαι*. Allerdings richtiger.

geben will. Die B. heyrathet nachher den A. und verspricht ihm das Grundstück zum Heyrathsgute. Hier steht dem Mann, als Schuldner, die Wahl zu, welches von beyden Grundstücken er zum Dotalgut machen will. Es steht also auch in seinem Willen, welches von beyden er veräußern möge. Hat er aber eins derselben veräußert; so ist nun das andere das Dotalgut, und er darf es nicht veräußern. Allein gesetzt, er bringt das veräußerte Grundstück wieder an sich; so kann er nun noch immer wieder seinen Willen ändern, und das Grundstück, was er als dos zurückbehalten hatte, gültig veräußern. Wie aber, wenn der Mann das andere Grundstück auch veräußert hätte, ohne das zuerst veräußerte vorher wieder eingelößt zu haben? Diese Frage beantwortet Paulus *libro V. Quaestionum* [75]) auf folgende Art.

Erit ergo potestas legis ambulatoria: *quia dotalis fuit obligatio* [76]). Numquid ergo, etiam illo

75) *L.* 10. *D. h. t.*

76) Richtiger liest hier Cujacius Observation. Lib. XI. cap. 28. *quia dotis talis fuit obligatio.* Der Sinn ist nämlich der: ut dotis obligatio, ita potestas Legis Juliae est ambulatoria. Und in Comm. ad Africanum Tract. VIII. ad L. 9. h. t. sagt er: Et *ambulatoria* dicitur, a Graecis περιπατητική, inconstans et incerta voluntas, quae mutari subinde potest. Ad eam voluntatem necesse est accommodare legem Juliam, et consequenter ambulatoriam quoque esse legis Juliae potestatem, ut prout ille voluerit, aut noluerit, modo possit fundus idem alienari, modo non possit. Die Emendation des Cujas billiget auch *Pet. Isaac. de* Fremery Diss. Exercitation. quaedam de rationibus veterum Jurisconsultorum. (*Lugd. Bat.* 1801.) Cap. IV.

nondum redemto, alterum quoque alienare possit, quia potest alterum redimere? an hoc non debet recipi, ut nullus in dote sit? Certe ex post facto videbitur recte alienatus, illo postea redempto [77]).

Noch immer kann man nicht behaupten, die Veräußerung sey ungültig. Denn, so lange die Ehe dauert, kann ja der Mann noch immer das erstere Grundstück wieder einlösen. Thut er dieses, so ist die Veräußerung des andern gültig. So wie also bey einer alternativa dotis obligatio der Mann, so lange die Ehe dauert, seinen Willen ändern kann; so richtet sich auch hier das Gesetz nach seinem Willen. Bis also eins von beyden Grundstücken wieder eingelößt worden ist, bleibt die Gültigkeit der letztern Veräußerung in pendenti. Erfolgt die Wiedereinlösung während der Ehe nicht, so ist die Veräußerung des andern Grundstücks nichtig [78]).

Ist nun die Veräußerung nichtig, so geht das Eigenthum des Dotalguts nicht auf den Empfänger über. Er

§. 6. pag. 110. Allein Luzac Specim. cit. pag. 28. Not. will lieber mit Hülfe der Gemination lesen: *quia dotalis talis fuit obligatio.*

77) Die *Basilica* Tom. IV. pag. 715. haben die Stelle des Paulus auf folgende Art ins Kurze zusammengefaßt. Εἰ δὲ καὶ πρὶν ἢ ἀνταγοράσω τὸν ἐκποιηθέντα, πωλήσω καὶ τὸν ἄλλον, ὅυτω τὲ τον πρῶτον αγοράσω, βεβαιοῦται ἡ τοῦ δευτέρου πρᾶσις. i. e. *Quod si etiam, priusquam fundum alienatum redemero, alium quoque vendidero, deinde primum redemero, confirmatur secundi venditio.*

78) S. *Jac.* Cujacii Commentar. in Lib. V. Quaest. Pauli ad L. 10. h. t. (*Oper a Fabroto* editor. Tom. II. pag. 1079.).

wird auch, ob es ihm gleich übergeben worden ist, und derselbe es in gutem Glauben in Besitz genommen hat, bey Lebzeiten der Frau nicht in die Lage versetzt, das Grundstück usucapiren zu können [79]) Nam *Lex Julia*, sagt Tryphonin *libro XI. Disputationum* [80]), quae vetat fundum dotalem alienari, pertinet etiam ad huiusmodi adquisitionem. Daß aber dem Erwerber, wo ihm ein gesetzliches Verbot entgegen steht, die bona fides nichts hilft, lehrt Pomponius *libro XXIV. ad Quintum Mucium* [81]); wo er sagt: Ubi lex inhibet usucapionem, bona fides possidenti nihil prodest. Das veräußerte Dotalgrundstück ist also mit einem Fehler behaftet, welcher die Verjährung hindert, bis es wieder in die Gewalt der Frau zurückkehrt, oder die Frau in der Ehe stirbt, und der Mann das ganze Heyrathsgut lucrirt [82]). Erst hierdurch wird der Fehler gehoben, und die Sache verjährbar [83]). Hat der Ehemann eine dem Dotalgute der Frau zustehende Real-Servitut auszuüben unterlassen, so ist auch diese Unterlassung ohne Wirkung.

79) S. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Nunc reliqua* (*Oper.* Tom. II. pag. 507. in fin.)

80) *L.* 16. *D. h. t.* Nur einer bereits vor der Ehe angefangenen Verjährung steht die Lex Julia nicht entgegen, wie bereits oben bemerkt wurde. S. §. 1233. S. 124.

81) *L.* 24. *D. de Usurpat. et Usucap.*

82) *L.* 42. *D. eodem.* wo Papinian sagt: Venditionem, defuncta postea muliere in matrimonio, *confirmari*, convenit, *si tota dos lucro mariti cessit.*

83) S. *Jos. Fernand. de* Retes Succisiv. Selection. ad L. Jul. de fundo dot. §. 28. (in *Thes. Meerm.* Tom. VI. pag. 471.)

Das dienende Grundstück erlangt dadurch keine Befreyung, wenn auch der Ehemann von der dem Dotalgute der Frau zustehenden Servitut während der ganzen Ehe keinen Gebrauch gemacht, oder dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks eine dem Rechte der Servitut nachtheilige Handlung ohne Widerspruch gestattet hätte [84]. Hat der Mann dem fundus dotalis eine Servitut aufgelegt, so kann actione negatoria geklagt werden.

Da die Veräußerung nichtig ist, so kann die veräußerte Sache von einem jeden Besitzer derselben zurückgefordert werden. Es fragt sich aber, wer die Sache vindiciren, und wenn ehe sie vindicirt werden könne? Daß der Frau so wie deren Erben das Vindicationsrecht des gesetzwidrig veräußerten Dotalguts zustehe, hat keinen Zweifel. Von dem Erben sagt Ulpian *lib. V. de adulteriis* [85] ausdrücklich: *Heredi quoque mulieris* idem auxilium praestabitur, *quod mulieri praestabatur.* Jedoch kann die Frau sich dieses Rechts eigentlich erst nach getrennter Ehe bedienen, wenn das Heyrathsgut wieder an sie zurückgekehrt ist. Dieß sagt auch Justinian *L. 30. C. de iure dot.* ausdrücklich: In rebus dotalibus vindicandis mulierem omnem habere *post dissolutum matrimonium* praerogativam iubemus. Sollte jedoch der Mann während der Ehe verarmen, wodurch die Frau in die Nothwendigkeit gesetzt wird, ihr Heyrathsgut zurückzufordern, so kann sie das veräußerte Grundstück auch schon constante matrimonio vindiciren, wie

84) *L. 5. et L. 6. D. h. t.* S. Pothier Pandect. Justinian. T. II. h. t. Nr. VIII. Not. a et b. pag. 36. Man vergleiche auch §. 1234. S. 157. Not. 75.

85) *L. 13. §. 3. D. h. t.*

Justinian am Ende der angeführten Verordnung selbst sagt [86]). Auf keinen Fall kann aber ihrer Klage die Einrede der Verjährung entgegengesetzt werden, wenn auch seit der geschehenen Veräußerung ein noch so langer Zeitraum verstrichen seyn sollte. Omnis autem temporalis exceptio, sagt Justinian in der angeführten Constitution, sive per usucapionem inducta, sive per decem, sive per viginti annorum curricula, sive per triginta, vel quadraginta annorum metas, sive ex alio quocunque tempore maiore, vel minore, sit introducta: ea mulieribus ex eo tempore opponatur, ex quo possunt actiones movere, id est, opulentis quidem maritis constitutis, post dissolutum matrimonium: minus autem idoneis, ex quo hoc infortunium eis illatum esse claruerit: cum constante etiam matrimonio posse mulieres contra maritorum parum idoneorum bona hypothecas suas exercere, iam nostra lege humanitatis intuitu definitum sit [87]). Es läßt sich aus dieser Verordnung nicht ohne Grund schließen, daß der Frau das Vindicationsrecht

86) S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXI. medit. 6. pag. 286. *Jo. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 8. *Mich. God.* WERNHER lectissim. Comment. ad Pand. P. II. h. t. §. 8. Auf jeden Fall, meint jedoch Weber in den Erläuterungen der Pandecten 2. Th. §. 1251. könne die Frau während der Ehe wenigstens darauf antragen, 1) daß die geschehene Veräußerung von Gerichtswegen für nichtig erklärt, und 2) daß die Sache, ihrem Zweck gemäß, ad sustinenda matrimonii onera, an den Ehemann wieder zurückgeliefert werde.

87) *L.* 29. *Cod. de iure dot.*

zustehe, wenn sie auch wegen des Werths aus dem Vermögen des Mannes hinlänglich entschädiget werden könnte [88]). Uebrigens muß die Restitution des Grundstücks, wie bey jeder Reivindication, unentgeltlich und cum omni causa geschehen, wofern nicht der Besitzer beweisen kann, daß das dafür bezahlte Geld zum Nutzen der Frau verwendet worden sey [89]). Ob auch der Ehemann selbst das veräußerte Dotalgut vindiciren könne? ist streitig. Hellfeld läugnet dieses schlechterdings; er soll nicht einmal der Frau bey der Vindication assistiren dürfen. Dieser Meinung sind auch mehrere Rechtsgelehrten [90]). Ihr Grund ist, weil Niemand befugt sey, seine eigne Handlungen als widerrechtlich anzufechten; der Mann überdem dem Käufer zur Evictionsleistung verpflichtet sey. Ihm würde also die Einrede des Dolus, die exceptio rei venditae et traditae entgegen stehen. Soviel ist gewiß, daß wenn der Mann nach getrennter Ehe das von ihm veräußerte Dotalgut der Frau in einem solchen Falle vindiciren wollte, wo er die dos lucrirt, derselbe mit der Klage abgewiesen werden müßte. Dieß ist es auch, was Ulpius Marcellus *libro VII. Digestorum* [91]) sagt: Fundum do-

88) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXI. Medit. 12.

89) Leyser ibid. Medit. 4. et 5. Wernher lectiss. Comm. ad Pand. h. t. §. 8. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 435.

90) Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 7. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Nunc reliqua videamus*, in fin. Leyser Medit. ad Pand. Specim. cit. Meditat. 6. et 7. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 448. a. E.

91) *L.* 17. *D. h. t.* Die gemeine Ueberschrift Marcianus *lib. VII. Digestorum* ist schon darum unrichtig, weil

talem maritus vendidit, et tradidit: si in matrimonio mulier decesserit, et dos lucro mariti cessit, fundus emtori avelli non potest. Wie aber, wenn dieser Fall nicht vorhanden ist, sondern der Mann während der Ehe den widerrechtlich veräußerten fundus dotalis zum Besten der Frau vindicirt? Hier steht ihm kein Gesetz entgegen, wohl aber die Rechts-Analogie zur

nicht zu glauben ist, daß die Verfasser der Pandecten mehr nicht, als dieses einzige Fragment, aus Marcians Digesten, wenn Marcian wirklich Digesten geschrieben hätte, excerpirt haben sollten, während sie so viel aus desselben Institutionen excerpirt haben. S. *Ger.* Oelrichs Diss. de vita, studiis, honoribus, et scriptis Aelii Marciani, ICti apud Rom. praestantissimi. *Trajecti ad Rhen.* 1754. 4. Sect. II. Cap. 3. §. 1. Daß aber Ulpius Marcellus *Digestorum libros XXXIX.* geschrieben, erhellet aus den Inscriptionen der Fragmente in den Pandecten. Aus dessen Digesten ist nun wohl unstreitig unsere *L.* 17. *de fundo dotali* entnommen. Denn daß Marcellus im siebenten Buche hauptsächlich de dote und de donationibus inter Vir. et Uxor. gehandelt habe, erhellet aus den daraus entlehnten Fragmenten. *L.* 59. *D. de iure dot. L.* 7. §. 2. *L.* 45. *L.* 49. *D. de donat. inter vir. et uxor.* S. *Meinard.* Tydemann Diss. de Lucii Ulpii Marcelli ICti vita et scriptis. (*Traj. ad Rhen.* 1762.) Sect. I. Cap. 8. §. 4. und Sect. II. Cap. 1. §. 3. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. novo Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 59. et pag. 64.) *Ant.* Schulting Notae ad Digesta, a *Smallenburg* edit. Tom. IV. ad h. L. 17. pag. 280. und *Greg.* Majansius Disputation. iuris civ. Tom. I. Disp. XXIV. §. 33. pag. 379. Haloander liest auch wirklich Marcellus. Allein die *Basilica* Tom. IV. pag. 717. haben Μαρκιαν.

Seite [92]). Daher gestatten die meisten Rechtsgelehrten dem Mann die Vindication während der Ehe [93]).

§. 1252.

Ausnahmen des Verbots. Erläuterung der *L. ult. D. de iure dot.*

Folgende Fälle sind unter dem Veräußerungsverbote nicht mit begriffen.

1) Wenn das Dotalgrundstück geschätzt, und dem Mann käuflich überlassen worden ist. Denn hierdurch hört der fundus an sich auf dotalis zu seyn, weil der Schätzungswerth an dessen Stelle tritt. Eigenthum des fundus und die Gefahr ist hier auf Seite des Ehemannes, wie Justinian [94]) sagt. Diese Ausnahme ist schon oben (§. 1236. S. 153.) näher erörtert worden.

2) Wenn die Veräußerung vermöge rechtlicher Nothwendigkeit geschahe. Denn das Gesetz verbietet nur eine freywillige Veräußerung. Paulus giebt *libro XXXVI.*

92) *L. 16. C. de praed. et aliis rebus minor. sine decreto non alienand. L. 1. C. de bonis matern. Nov. VII. Cap. 5. pr. et §. 2. Extrav. unica. de rebus eccles. non aliend. Cap. 6. X. eod. tit. Cap. 33. X. de iurejur.*

93) Voet Comm. ad Pand. Tom. I. Lib. VI. Tit. 1. §. 19. besonders Lauterbach Diss. de fundo dotali. Th. 37—39. Stryk Disp. de iure mariti in bonis uxoris. Cap. II. §. 67 et 68. Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 435. Malblanc Princip. iuris Rom. sec. ord. Dig. P. II. Sect. ult. §. 630. pag. 692.

94) *L. un. §. 15. C. de rei uxor. act.*

ad Edictum[95]) das Beyspiel. Der Nachbar befürchtet von dem praedium dotale Gefahr oder Schaden, und fordert deswegen von dem Ehemanne die cautio damni infecti. Der Mann leistet diese Caution nicht, daher erhält der Nachbar ex primo decreto die Einweisung, und nachher ex secundo decreto Besitz und Eigenthum[96]). Da hier die Veräußerung vermöge obrigkeitlichen Decrets geschieht, so kann sie nicht, als dem gesetzlichen Verbote zuwider, angefochten werden[97]). Ein anderes Beyspiel führt der Kaiser Gordian *L.* 2. *C. h. t.* an, nämlich wenn der fundus dotalis ein solcher ist, den die Frau mit einem Andern in Gemeinschaft hat, und der Miteigenthümer auf Theilung dringt. Diese muß sich der Mann gefallen lassen. Er selbst hingegen kann nicht auf Theilung provociren. Denn jenes ist eine nothwendige, letzteres aber wäre eine freywillige Alienation. Ob auch wegen factischer Nothwendigkeit, z. B. wegen dringender Schulden, die Veräußerung erlaubt sey, ist ausdrücklich in den Gesetzen nicht entschieden. Soviel ist wohl gewiß, daß wegen der Schulden des Mannes, wenn sie auch noch so drückend seyn sollten, die Veräußerung nicht geschehen dürfe. Allein wegen dringender Schulden der Frau läßt sich die Veräußerung vollkommen rechtfertigen[98]). Denn

95) *L.* 1. *pr. D. h. t.* Interdum Lex Julia de fundo dotali cessat, si ob id, quod maritus damni infecti non cavebat, missus sit vicinus in possessionem dotalis praedii, deinde iussus sit possidere: hic enim dominus vicinus fit: quia haec alienatio non est voluntaria.

96) *L.* 15. §. 16. *D. de damno inf.*

97) S. *Jac.* Cujacii Comment. in libr. XXXVI. Pauli ad Edictum ad L. 1. h. t. *Oper.* T. II. pag. 590.

98) S. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXI. medit. 13 et 14.

deswegen können auch unbewegliche Güter der Minderjährigen veräußert werden, nämlich si urgeat aes alienum [99]). Nun stimmte die Lex Julia in vielen Stücken mit der Oratio Severi von der Veräußerung der Grundstücke der Minderjährigen überein [100]).

3) Wenn die Veräußerung zum offenbaren Nutzen der Frau geschehen ist. Ita constante matrimonio permutari dotem posse dicimus, sagt Modestin *libro I. Regularum* [1]), *si hoc mulieri utile sit.* Man pflegt für diese Ausnahme auch noch eine Stelle aus Scävola *libro VIII. Digestorum* anzuführen. Es ist *L. ult. D. de iure dotium*, welche folgendermassen lautet.

Fundum filiae nomine pater in dotem dederat: huius heredi filiae ex asse, creditoribus urgentibus patris, utilius videtur potius fundum, qui dotalis est, distrahere, quod minus fructuosus sit, et alios hereditarios uberiore reditu retinere: maritus consentit, si nulla in ea re captio sit futura. Quaero, an ea pars dotis, quae in hoc fundo est, mulieri manente matrimonio recte solvatur? Respondit, si pretium creditori solvatur, recte solutum.

Hier ist nun zwar wohl von dem Falle die Rede, da das Dotalgut der Frau veräußert wurde, um statt desselben ein besseres zu erhalten; allein die Frage war nicht,

99) *L. 5. §. 14. D. de reb. eor. quae sub tut. vel cura sunt.*

100) S. Cujacius Observation. Lib. VII. cap. 23. und Hommel cit. Diss. §. 5. pag. 18.

1) *L. 26. D. de iure dot.*

ob deswegen die Veräußerung gültig sey? weil hierüber zur Zeit des Scävola kein Zweifel entstehen konnte. Genug, daß es die Frau wollte und der Mann damit zufrieden war. Nur die Einwilligung der Frau, sonst nichts, erforderte die Lex Julia zur Veräußerung des fundus dotalis. Die Frage, welche Scävola hier entscheidet, war also eigentlich die, ob sich der Fall, von welchem er hier spricht, zu denjenigen eigne, wo der Mann während der Ehe der Frau die dos zurückgeben konnte, ohne gegen das gesetzliche Verbot der Schenkungen unter Ehegatten zu handeln. Denn Scävola lebte zu den Zeiten des Marcus Antoninus und Commodus, und also noch vor der Oratio *Antonini Caracallae* de donationibus inter virum et uxorem confirmandis [2]). Wenn nun der Mann seiner Frau das Heyrathsgut während der Ehe ohne eine rechtlich begründete Ursache restituirte, so wurde diese vor der Zeit geschehene Zurückgabe der dos als eine Art von Schenkung angesehen [3]). Sie war daher unter dem gesetzlichen Verbot begriffen. Nur wenige Fälle waren ausgenommen, welche Paulus *libro II. Sententiarum* [4]) anführt. Der Fall, welchen Scävola entscheidet, war nun folgender. Ein Vater hatte für seine Tochter unter andern auch ein

2) S. *Jo. Lud.* Conradi Diss. de vita et scriptis Q. Cervidii Scaevolae ICti. *Lips.* 1755. Cap. 2. und *Go.* *D'*Arnaud Vitae Scaevolarum Diss. postuma. *Traj. ad Rhen.* 1767. 8. §. IV. pag. 12.

3) *L. un. C. Si dos constante matrimonio soluta fuerit. Nov. XXII. cap.* 39.

4) *L.* 73. §. 1. *D. de iure dot.* Ebenderselbe *lib.* 7. *ad Sabinum*, *L.* 20. *D. Soluto matrimon.*

Grundstück zum Brautschatz gegeben. Der Vater starb, und die Tochter ward seine Universal-Erbin. Da die Gläubiger des Vaters auf ihre Bezahlung drangen, so hielt es die verheyrathete Tochter für rathsamer, das ihr zum Heyrathsgute gegebene Grundstück zu verkaufen, als eins von den erbschaftlichen Gütern des Vaters, um die Gläubiger daraus zu befriedigen; weil jenes viel weniger eintrug, als die übrigen zur Erbschaft des Vaters gehörigen Grundstücke, welche alle viel einträglicher waren. Der Mann gab seine Einwilligung dazu, und gab ihr den fundus dotalis auf ihr Verlangen zurück, aber unter der ausdrücklichen Bedingung, daß er keinen Schaden dadurch leide, sondern statt des veräußerten fundus dotalis ein anderes Grundstück zum Brautschatz von seiner Frau erhalte. (Maritus consentit, *si nulla in ea re captio*[5]) *sit futura*). Ein Nothfall war also freylich hier nicht vorhanden; allein der offenbare Nutzen der Frau rechtfertigte die Zurückgabe der dos von Seiten des Mannes, dem ja auch eine Vertauschung des Heyrathsguts erlaubt war, wenn sie der Frau zum Nutzen gereichte[6]). Warum hätte also die Erhaltung der viel einträglicheren väterlichen Güter durch den Verkauf des weniger einträglichen fundus dotalis nicht auch eine rechtmäßige Ursache seyn sollen, das Dotalgut der Frau zurückzugeben, zumal da es unter der Bedingung eines dagegen zu erhaltenden bessern geschahe? Gleichwohl respondirt Scävola, der fundus dotalis sey nur dann auf eine rechtmäßige Art von dem

5) *Captio* für damnum ist bey den Röm. Rechtsgelehrten sehr gewöhnlich. *L.* 59. *D. de Verb. obligat.*

6) *L.* 25. *L.* 26. *L.* 27. *L.* 50. *pr. L.* 61. §. 1. *D. de jure dot. L.* 21. *D. de pact. dotal.*

Manne der Frau zurückgegeben, wenn mit dem aus dem Verkaufe desselben gelößten Gelde die Gläubiger des Vaters wirklich befriediget worden wären. Diese Entscheidung entspricht ganz der Bedingung, unter welcher der Mann in den Verkauf des fundus dotalis eingewilliget hatte. Der Mann wollte dadurch keinen Schaden leiden. Er wollte also der Frau den fundus dotalis nicht schenken, sondern suchte sich dadurch ein besseres Heyrathsgut zu verschaffen. Diesen Zweck konnte er nur dadurch erreichen, wenn die Gläubiger des Vaters aus dem durch den Verkauf des Dotalguts gelößten Gelde ihre Bezahlung erhielten. Denn ist dieses geschehen, so war nicht nur die Frau von den Ansprüchen der Gläubiger hierdurch frei geworden, und nun in den Stand gesetzt, von den dadurch geretteten väterlichen Gütern dem Manne ein besseres Heyrathsgut zu bestellen; sondern sie ist auch nun gegen die Ansprüche des Käufers, so wie der Käufer gegen die Ansprüche des Mannes gesichert, denen beyde ausgesetzt seyn würden, wenn die Gläubiger aus dem Kaufgelde ihre Befriedigung nicht erhalten hätten. Denn so wie diese nun die väterlichen Erbgüter zu ihrer Befriedigung angreifen würden, so würde der Mann wegen nicht erfüllter Bedingung seiner in den Verkauf gegebenen Einwilligung den fundus dotalis vindiciren[7]), und der Käufer, der Entwährung wegen, seinen Regreß gegen die Frau nehmen. Mit Recht respondirte also Scävola, der fundus dotalis sey anders nicht

7) Denn geschieht die Uebertragung des Eigenthums unter einer Bedingung, so geht das Eigenthum anders nicht auf den Erwerber über, als wenn der Bedingung ein Genüge geschehen ist. *L. 38. §. 1. in fin. D. de acquirenda possess. L. 7. §. ult. D. de iure dot. L. 2. §. 5. D. de donat.*

der Frau von dem Manne auf eine rechtsgültige Art zurückgegeben worden, als wenn das aus dem Verkaufe desselben gelößte Geld zur Bezahlung der väterlichen Schulden wirklich verwendet worden ist. So läßt sich das Gesetz ganz natürlich erklären, ohne das kritische Messer zur Hülfe nehmen zu dürfen. Wenn daher Anton Faber [8]) in der gemeinen Lesart einen doppelten Fehler gefunden zu haben glaubt, den einen in den Worten: *an ea pars dotis*, wofür er an pretium dotis lesen will: den andern in den Worten, *si pretium creditori solvatur*, wo er das Wort *creditori* mit venditori vertauschen will; so rührt dieß blos daher, weil Faber wähnte, die Frage bey Scävola habe nicht die Rechtmäßigkeit der Zurückgabe des Heyrathsguts während der Ehe betroffen, sondern sey vielmehr die gewesen, an Wen der Käufer das Kaufgeld zu bezahlen gehabt? nicht an die Gläubiger, mit denen derselbe keinen Contract geschlossen gehabt, noch an den Mann, der nur zu dem Verkaufe des fundus dotalis seine Einwilligung gegeben, sondern an die Frau, welche ihm das Grundstück verkauft habe. Daß aber diese Ansicht offenbar irrig, und die Faberische Critic ganz unnütz sey, hat Justus Meier [9]) ganz klar vor Augen gelegt. Es scheint zwar freylich auffallend zu seyn, daß anfangs nur von einem *fundus in dotem datus*, und am Ende bey der Frage von einer *pars dotis* die Rede ist, *quae in hoc fundo est*; allein das Räthsel hat schon Accursius aufgelöst. Der fundus, von dessen Veräußerung die Rede war, machte nicht den ganzen Brautschatz aus, es waren mit demselben noch andere Sachen zum Heyrathsgute ge-

8) Conjecturar. iuris civ. Lib. VIII. cap. 10.

9) Ενδοξων Justinianeor. Decad. VII. Cap. 12. (adj. Tomo III. *Collegii Argentorat.* pag. 1070. sqq.)

geben worden. Wer kennt nicht die oft allzugroße Kürze der Römischen Juristen beym Vortrage des Factums, dessen einzelne Umstände sich sehr oft erst aus dem Rechtsgutachten selbst ergeben, und daraus ergänzt werden müssen? Auch darf uns nicht irrre machen, daß anfangs von *creditoribus urgentibus patris* die Rede war, und am Ende gesagt wird: si pretium *creditori* solvatur. Denn diese Verschiedenheit im Numerus hat auf die Entscheidung selbst gar keinen Einfluß. Ueberdem aber ist noch die Frage, ob es nicht auch am Ende, nach einer richtigeren Lesart, *creditoribus* solvatur heißen müsse? So liest wenigstens unser Erlanger Pandecten-Codex, und mehrere alte Ausgaben [10]). Diese Lesart bestärken auch die Basiliken [11]), welche hier wieder ein treffliches Mittel sind, sich gegen unnütze Critiken zu waffnen. Es heißt nämlich daselbst:

Εν συνεστῶτι τῷ γάμῳ, καλῶς ὁ προικιμιαῖος ἀγρὸς καταβάλλεται τῇ γυναικὶ ἐφ' ᾧ πραθῆναι, καὶ δοθῆναι τὸ τίμημα τοῖς δανεισταῖς τοῦ πατρὸς τῆς γυναικὸς, καὶ ἄλλον ευπορώτερον παρ αὐτῆς κληρονομούσης τοῦ πατρός ἀντεισαχθῆνα τῇ γυναικί. i. e. *Manente matrimonio fundus dotalis mulieri recte solvitur in hoc, ut distrahatur, et pretium creditoribus patris eius solvatur, et alius fructuosior in eius locum mulieri detur, quae patri heres exstitit.*

War nun nach diesem Gesetz die Einwilligung des Ehemannes zur Herausgabe und Verkaufe des fundus dotalis während der Ehe gültig, wenn sie unter der Be-

10) Z. B. die Ausgabe des Haloander, des Miräus u. a.

11) Tom. IV. Lib. XXXIX. Tit. 1. Const. 80. p. 530.

dingung war ertheilt worden, dafür ein besseres Grundstück zu erhalten, ohne dadurch gegen das Verbot der Schenkungen unter den Ehegatten zu handeln; nämlich wenn diese Bedingung wirklich war erfüllet worden; so ist nach dem neuern Rechte auch die Veräußerung des fundus dotalis nicht für gesetzwidrig zu halten, wenn sie mit Einwilligung der Frau in der Absicht geschahe, ihr an dessen Stelle ein besseres Dotalgut zu verschaffen, und diese Absicht auch wirklich errreicht worden ist [12].

§. 1252. a.

Fortsetzung. Wiederholte Einwilligung der Frau nach zwey Jahren. Die *Nov. LXI. Cap.* 1. derogirt weder der *L. un.* §. 15. *C. de rei uxor. act.* noch ist dieselbe durch die *Nov. CXXXIV. Cap.* 8. abgeändert worden.

Es giebt nun auch Fälle, wo die anfangs ungültig geschehene Veräußerung des fundus dotalis durch nachher eintretende gesetzlich gebilligte Thatumstände gültig wird. Hellfeld und viele andere sowohl ältere als neuere Rechtsgelehrten [13]) rechnen dahin, wenn die Frau nach zwey

12) So läßt sich Lauterbach in Colleg th. pr. Pandectar. h. t. §. 17. und *Mich. God.* Wernher Lectiss. Commentat. in Pand. P. II. h. t. §. 3. mit Müller in Observation. pract. ad *Leyserum* Tom. III. Fasc. II. Obs. 552. vereinigen.

13) *Jo.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 6. *Conr.* Rittershusius Jur. Justinian. P. V. Cap. IX. §. 10. *Franc.* Balduinus Comm. in libros IV. Institution. Lib. II. Tit. 8. Pr. ad verba *Utrique remedium.* pag. 242. *Matth.* Stephani Commentar. in Novellas Constitution. Justiniani. ad Nov. 61. nr. 20 — 22. *Aug. a* Leyser Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXI. medit. 3.

Jahren ihre Einwilligung wiederholt hat. Man glaubt, dieß sey in der Novelle LXI. Cap. 1. klar entschieden. In dieser Novelle verbietet nämlich Justinian die Veräußerung der zur donatio propter nuptias der Frau angewiesenen unbeweglichen Güter, wenn auch die Einwilligung der Ehefrau hinzugekommen wäre. Diese soll weder dem Käufer, noch dem Gläubiger, welchem darauf ein Pfandrecht bestellt worden ist, etwas nützen, ausgenommen, wenn die Frau ihre gleich Anfangs ertheilte Einwilligung nach zwey Jahren wiederholt hätte [14]. Hier soll nun die Veräußerung eben so gültig seyn, als eine weibliche Bürgschaft welche nach Verlauf von zwey Jahren durch eine neue Einwilligung bekräftiget worden ist [15]. Und nun fügt Justinian noch die merkwürdigen Worte hinzu:

Atque haec multo magis *in dote* obtineant, *si quaedam de dote alienaverit.* Satis enim haec iam elaborata et sancita sunt.

Aus diesen Worten, sagt man, gehe nun klar hervor, daß durch die nach zwey Jahren wiederholte Einwilligung der Frau die Veräußerung eines Dotalgrundstüks eben so gültig werde, als die Veräußerung eines unter der donatio propter nuptias begriffenen Grundstücks. Nach dieser Novelle sey nun also in Ansehung der Alienation zwischen dos und donatio propter nuptias kein Unterschied mehr.

Bader Diss. de iure mariti circa alienationem dotis, §. 14. *Gottl.* Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 925. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 681. der 3. Aufl. u. a. m.

14) S. oben §. 1242. S. 301. ff.

15) *L.* 22. *Cod. ad SCtum Vellejan.*

Sie seyen nur in Ansehung der Privilegien unterschieden. Denn diese sollten nur bey der dos Statt finden. Jedoch gelte auch die Veräußerung wegen wiederholter Einwilligung nur unter der Voraussetzung, wenn noch anderes Vermögen ihres Mannes vorhanden ist, aus dem sich die Frau wegen des Schadens erholen kann. Diese Erklärung, sagt man, werde auch durch Julian's Epitome Novellarum Const. 51. bestärckt[16].

Dagegen haben nun aber andere[17] eingewendet, die Verordnung der Novelle 61. gründe sich auf die Analogie der *L. 22. C. ad SCtum Vellejan.* welche aber durch die *Nov. CXXXIV. Cap.* 8. wieder aufgehoben worden sey, nach welcher bey einer Intercession der Frau für ihren noch lebenden Mann auch nicht einmal die wiederholte Genehmigung derselben von Wirkung seyn solle. Allein mit dieser Einwendung ist nichts gewonnen, denn daraus würde folgen, daß auch bey der Veräußerung einer unter der donatio propter nuptias begriffenen unbeweglichen Sache die wenn gleich nach zwey Jahren wiederholte Einwilligung der Frau ohne rechtliche Wirkung sey, da doch die Novelle *CXXXIV. Cap.* 8. davon gar nichts sagt, und die Einwilligung der Ehefrau in die

16) Man sehe hier noch besonders *Jac.* Cujacii Novellar. Constitut. Justiniani expositio ad Nov. 61.

17) *Mich. Gottofr.* Wernher Lectissim. commentation. in Pandect. P. II. h. t. §. 4. *Jo. Thadd.* Müller Syst. Pandectar. P. II. Sect. I. Tit. III. §. 606. Not. d. *Jo. Ern. Just.* Müller Observation. pract. ad *Leyserum* Tom. III. Fasc. II. Obs. 550. *Jul. Frid.* Malblanc Princip. iuris Rom. sec. ord. Dig. P. ult. §. 630. pag. 692.

Veräußerung eines zur dos oder donatio propter nuptias gehörigen Grundstücks keine Intercession ist. Nach der richtigeren Ansicht kann die Veräußerung eines fundi dotalis non aestimati wohl niemals gültig werden, wenn schon die Ehefrau gleich anfangs dazu ihre Einwilligung gegeben, und diese nach zwey Jahren wiederholt hat. Denn Justinian wollte eben dadurch die Lex Julia de fundo dotali verbeßern und erweitern, ut fundum dotalem non aestimatum, qui et *dotalis* proprie nuncupatur, non solum hypothecae titulo dare, *nec consentiente muliere*, maritus possit, sed nec alienare, *ne fragilitate naturae suae in repentinam deducatur inopiam*[18]. Dieses Verbot hat Justinian durch die Novelle *LXI.* Kap. 1. weder aufheben noch einschränken wollen. Denn hätte er diese Absicht gehabt, so hätte er sich ja nicht auf seine früheren Verordnungen wegen der dos beziehen, und deren fortdauernde Gültigkeit bestätigen können, wie §. 3. und §. 4. geschieht. Die Vorschrift dieser Novelle geht also offenbar nur auf die Veräußerung einer zur donatio propter nuptias gehörigen unbeweglichen Sache. Denn hätte er gewollt, daß die nach zwey Jahren wiederholte Einwilligung der Frau auch die Veräußerung eines fundus dotalis gültig machen sollte; so hätte er ja dadurch die Lex Julia nicht verbeßert, sondern nur mit einer neuen Solennität vermehrt. Eine so wichtige Abänderung seiner frühern Verordnung hätte Justinian deutlicher und bestimmter ausdrücken müßen. Die Worte:

„Atque haec multo magis in dote obtineant, si quaedam de dote alienaverit. Satis enim haec iam elaborata et sancita sunt;

18) *L. un.* §. 15. *Cod. de rei uxor. act.*

können also, nach einer richtigen Interpretation, dahin nicht gedeutet werden, sondern sie beziehen sich auf seine früheren Verordnungen, und müssen also daraus erklärt werden. Wenn nun Justinian der in dem §. 1. enthaltenen Verordnung, daß die Veräußerung der zur donatio propter nuptias gehörigen unbeweglichen Güter alsdann erlaubt und gültig seyn solle, wenn die Ehefrau ihre Einwilligung dazu gegeben, und diese nach zwey Jahren wiederholt hätte, im §. 3. die Ausnahme beyfügt, daß ihr auch diese wiederholte Einwilligung nicht schaden solle, *si nihil aliud superesse appareat*, (nämlich in dem Vermögen des Mannes) *quod ad quantitatem donationis ante nuptias sufficiat*; so erinnert er sich an seine Verordnung, vermöge welcher der Ehefrau in Ansehung aller Dotalsachen, sie seyen bewegliche oder unbewegliche, geschätzt oder nicht geschätzt, das Vindicationsrecht nach getrennter Ehe zustehen soll, wenn diese Sachen noch vorhanden sind, und sich in diesem Falle kein Gläubiger des Mannes in Ansehung derselben ein Vorzugsrecht soll anmassen dürfen [19]. Darum fügte er die Worte hinzu: atque haec multo magis *in dote* obtineant etc. oder wie es in dem griechischen Text heißt: *καὶ πόλλῷ μᾶλλον ταῦτα ἐπὶ τῆς προικὸς κρατεῖν* [20]*, εἴπερ τινὰ τῆς προικὸς ἢ ἐκποιήσειεν ἢ ὑπόθοιτο* [21]*. ἤδη γὰρ τὰ τοιαῦτα*

19) *L.* 30. *C. de iure dot.*

20) In den *Basilic.* Tom. IV. pag. 731. heißt es: *πράττειν*. Allein die Lesart *κρατεῖν* ist unstrettig richtiger.

21) Die Worte: *ἢ ὑπόθοιτο, vel pignori obligaverit*, hat Hombergk gar nicht übersetzt.

ἱκανῶς περιείργασται καὶ νενομοθέτηται. Der Sinn, in Verbindung mit den unmittelbar vorhergehenden Worten ist also der. So wie die donatio propter nuptias, ob sie schon nur ein bloßer Gewinn für die Frau ist, derselben dennoch auf alle mögliche Art erhalten und gesichert werden muß, selbst um des Mannes Willen, weil, wenn sie in dessen Vermögen bleibt, dieselbe auch in den meisten Fällen den gemeinschaftlichen Kindern zu statten kommt, so muß dieses noch um so mehr bey der dos gelten, welche kein Gewinn, sondern eignes Vermögen der Frau ist, wenn der Mann Etwas davon veräussert. Dafür ist aber, sagt er, in früheren Gesetzen gesorgt worden. So muß also Justinian aus sich selbst erklärt werden, und es ist ganz offenbar, daß er in Ansehung der dos nichts Neues hat verordnen wollen[22]). Der Gerichtsgebrauch scheint indessen mehr die entgegengesetzte Meinung zu begünstigen, und die Veräußerung eines unbeweglichen Dotalguts wegen wiederholter Einwilligung der Frau für gültig zu erklären, wenn sie aus dem übrigen Vermögen des Mannes entschädiget

22) Hierin stimmen überein Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. Vol. II. h. t. §. 16. Bachov ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. VII. Th. IX. lit. D. pag. 371. sq. Berger Resolution. Legg. obstant. h. t. Qu. 3. Hommel Diss. de fundo dotali. Cap. I. pag. 21 — 24. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 435. in fin. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 448. Klüber's kleine jurist. Bibliothek. 1. Band S. 408. ff. Bucher System der Pandecten. (3. Ausg. Erlangen 1822.) §. 78. Not. 3. S. 116. Dabelow Handbuch des gemeinen Röm. Deutsch. Privatrechts. 1. Th. §. 512. Not. x. Gebräd. Overbeck Meditationen über versch. Rechtsmaterien. IV. Band. Meditat. 201. u. a.

werden kann, weil die Absicht des Gesetzes, daß sie bey der Veräußerung keinen Schaden leiden solle, hierdurch erreicht wird [23].

Die anfangs widerrechtlich und ungültig geschehene Alienation des fundus dotalis convalescirt hingegen, wenn die Frau Erbin des Mannes geworden, oder der Mann nach dem Tode der Frau das Heyrathsgut derselben lucrirt [24]. Jedoch wird auch im ersten Falle vorausgesetzt, daß die Frau wegen ihrer dos durch die Erbschaft des Mannes hinlänglich entschädiget werde, sonst kann sie das veräusserte Heyratsgut, wo nicht ganz, doch zum Theil vindiciren [25].

23) S. Stryk Disputat. de iure mariti in bonis uxoris Cap. II. §. 57. et §. 58. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXI. medit. 3. Ge. Lud. Böhmer's auserlesene Rechtsfälle. 1. B. Decis. IV. Höpfner's theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 848. Not. 1. S. 901. u. Jurst. Claproths theoretisch pract. Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen (3. Aufl.) §. 177. Not. d. S. 351.

24) *L. 17. D. h. t. L. 42. D. de usurpat. et usucap.*

25) *L. 13. §. 4. D. de fundo dotali.* Ulpian *lib. 5. de Adulteriis.* Si uxore herede instituta, fundus dotalis fuerit legatus, si quidem deductis legatis mulier quantitatem dotis in hereditatem habitura est, valet legatum: si minus, an non valeat, quaeritur? Scaevola, et si non totus, sed vel aliqua pars ex eo vindicari possit, si modo aliqua pars ad dotem supplendam desit, id dumtaxat ex eo remanere apud mulierem ait, quod quantitati dotis deest. S. Lauterbach Diss. cit. §. 46.

§. 1252. b.

Ausnahmen nach dem canonischen und deutschen Rechte.

Es giebt nun noch Fälle, wo die Veräusserung unbeweglicher Dotalgüter mit Einwilligung der Frau gleich Anfangs gültig ist. Dahin gehört

1) nach dem Canonischen Recht, wenn die Frau ihre Einwilligung mit einem Eide bestärkt hat. Der Pabst Innocenz III. schreibt deshalb an den Bischof von Bauvais im Jahr 1206 folgendermassen[26]:

Cum contingat interdum, quod constante matrimonio mulieres alienationibus super rebus dotalibus et donationibus propter nuptias consentiant, ne ulterius contraveniant proprio sacramento firmando, ac soluto processu temporis matrimonio contravenire nitantur, utrum hoc eis liceat, a nobis tua fraternitas requisivit. Nos autem frat. tuae taliter respondemus, quod etsi mulierum consensus in talibus non videatur obligatorius secundum legitimas sanctiones, ne tali tamen praetextu viam contingat periuriis aperiri, mulieres ipsae servare debent huiusmodi iuramenta, si sine vi et dolo, sponte ac provide praestita sint: cum in alterius praeiudicium non redundent, nec observata vergant in dispendium salutis aeternae.

Wenn nun gleich einige Rechtsgelehrten[27] dem Rö-

26) *Cap.* 28. *X. de iureiur.*

27) Z. B. *Jac. Frid.* Ludovici Diss. de genuino intellectu brocardici, omne iuramentum servandum esse, quod salva salute aeterna servari possit. §. *J. H.* Boehmer Not. 56. ad Cap. 28. X. de iureiur.

mischen Recht den Vorzug einräumen wollen; so ist doch der Gebrauch des Canonischen Rechts in der Lehre vom Eide schon längst durch die tägliche Praxis ausser Zweifel gesetzt [28]).

2) Nach dem deutschen Recht.

a) Wenn die Ehegatten in der Gütergemeinschaft leben. Hier haben beyde Ehegatten an dem gemeinschaftlichen Vermögen gleiches Recht. Kein Ehegatte hat an dem, was er eingebracht hat, mehr ein Privateigenthum. Es kann daher weder von einem Brautschatz noch von Paraphernalien die Rede weiter seyn. Hier ist also die bloße Einwilligung der Ehefrau hinreichend, welche auch sogar aus einem langwierigen Stillschweigen vermuthet wird [29]).

b) Wenn die Veräusserung mit Zustimmung der Obrigkeit geschehen ist [30]).

Ganz ungegründet hingegen ist es, wenn einige Rechtsgelehrten [31]) der Meinung sind, als ob das Röm. Recht

28) Man sehe hier vorzüglich Struben's rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 24.

29) S. Bader Diss. de iure mariti circa alienationem dotis §. 15. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom I. §. 459. Scherer Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft. 1. Th. §. 55. Klöntrup Beytrag zur Lehre von der Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten. IV. Abschn. §. 5. Man vergleiche auch Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 3.

30) S. Claproths theor. practische Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 180. Struv Synt. iuris civ. Exerc. XXX. Th. 22.

31) *Jo.* Schilter Prax. iuris Rom. Exerc. XXXVI. §. 95 sqq.

in dieser Lehre gar nicht in Deutschland angenommen, und daher nach deutschen Rechten jede vom Manne mit Einwilligung der Frau geschehene Veräusserung unbeweglicher Dotalgüter unwiderruflich gültig sey; eine Meinung, welche schon Joh. Balth. von Wernher[32]) gründlich widerlegt hat.

32) Select. Observation. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 437.

mischen Recht den Vorzug einräumen wollen; so ist doch der Gebrauch des Canonischen Rechts in der Lehre vom Eide schon längst durch die tägliche Praxis ausser Zweifel gesetzt [28]).

2) Nach dem deutschen Recht.

a) Wenn die Ehegatten in der Gütergemeinschaft leben. Hier haben beyde Ehegatten an dem gemeinschaftlichen Vermögen gleiches Recht. Kein Ehegatte hat an dem, was er eingebracht hat, mehr ein Privateigenthum. Es kann daher weder von einem Brautschatz noch von Paraphernalien die Rede weiter seyn. Hier ist also die bloße Einwilligung der Ehefrau hinreichend, welche auch sogar aus einem langwierigen Stillschweigen vermuthet wird [29]).

b) Wenn die Veräusserung mit Zustimmung der Obrigkeit geschehen ist [30]).

Ganz ungegründet hingegen ist es, wenn einige Rechtsgelehrten [31]) der Meinung sind, als ob das Röm. Recht

28) Man sehe hier vorzüglich Struben's rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 24.

29) S. Bader Diss. de iure mariti circa alienationem dotis §. 15. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom I. §. 459. Scherer Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft. 1. Th. §. 55. Klöntrup Beytrag zur Lehre von der Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten. IV. Abschn. §. 5. Man vergleiche auch Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 3.

30) S. Claproths theor. practische Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 180. Struv Synt. iuris civ. Exerc. XXX. Th. 22.

31) *Jo.* Schilter Prax. iuris Rom. Exerc. XXXVI. §. 95 sqq.

in dieser Lehre gar nicht in Deutschland angenommen, und daher nach deutschen Rechten jede vom Manne mit Einwilligung der Frau geschehene Veräusserung unbeweglicher Dotalgüter unwiderruflich gültig sey; eine Meinung, welche schon Joh. Balth. von Wernher [32]) gründlich widerlegt hat.

32) Select. Observation. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 437.

Lib. XXIV. Tit. I.

De donationibus inter virum et uxorem.

§. 1253.

I. Rechtliches Verhältniß der Schenkungen unter Ehegatten vor den Zeiten des Kaisers Antoninus Caracalla. Welche Schenkungen sind hier gemeint?

Es gehört zu den gemeinschaftlichen Wirkungen einer gültigen Ehe in Absicht auf das Vermögen der Ehegatten, daß während derselben Schenkungen unter Ehegatten nicht gültig sind[33]). Es wird also eine wirklich ge-

33) Die vorzüglichsten Schriften sind *Scip.* Gentilis de donationibus inter virum et uxorem libri IV. *Hanoviae* 1604. *Jos Fernand. de* Retes de donationibus inter virum et uxorem liber singularis. (in *novo Thes. iuris civ. et canon. Meerman*, Tom. VI. pag. 663—702. *Benjam. Gottl.* Bosseck Diss. de donationibus, quae fiunt inter coniuges honoris causa. *Lipsiae* 1703. *Just. Henn.* Boehmer Diss. de statu donationum inter virum et uxorem antiquo et hodierno. *Halae Magdeb.* 1727. (in *Exercitationib. ad Pand.* Tom. IV. pag. 717—776.) *God. Lud.* Mencken Diss. de donationibus inter virum et uxorem non ipso iure nullis.

schlossene, gültige Ehe vorausgesetzt [34]). Denn ist die Ehe an sich nichtig, so ist die Schenkung unter solchen Ehegatten eben so gültig, wie unter Verlobten. Ulpian sagt *libro XXXII. ad Sabinum* [35]).

Videamus, *inter quos* sint prohibitae donationes. Et quidem, si matrimonium moribus Legibusque nostris constat, donatio non valebit. *Sed si aliquod impedimentum interveniat, ne sit omnino matrimonium, donatio valebit.* Ergo si Senatoris filia libertino contra Senatusconsultum nupserit, vel provincialis mulier ei, *qui ibi meret* [36]), con-

Helmst. 1752. *Ge. Henr.* Ayrer Diss. de donationibus inter virum et uxorem ad Lib. I. Tit. VI. Art. 1. et 2. Jur. Lubec. *Goettingae* 1768. *Zach.* Richter Disp. de Oratione Antonini de donationibus inter virum et uxorem confirmandis. *Lipsiae* 1759. *Henr. Jo. Otto* Koenig Disp. de vicissitudinibus iuris Rom. circa donationes inter virum et uxorem. *Halae* 1771. *Frid. Car. Adolph a* Trützschler Diss. de donatione inter coniuges per alium facta prohibita. *Jenae* 1771. *Jul. Ge. Paul du* Roi Diss. de donatione inter coniuges remuneratoria absque insinuatione valida. *Helmst.* 1777. *Aug. Corn.* Stockmann Diss. de donationum inter coniuges celebratarum revocatione iuris Romani et Saxonici Observationes. *Lipsiae* 1805.

34) Wie viel hier auf den Anfang der Ehe ankommt, lehrt *L.* 66. *D. h. t.* welche Gesetzstelle im 22. Th. dieses Commentars §. 1191. S. 396. ausführlich erläutert worden ist.

35) *L.* 3. §. 1. *D. h. t.*

36) So liest die Taurellia. Allein die Lesart ist zweifelhaft. Die Glosse liest *maneret* statt meret, bemerkt auch, daß Einige manet lesen, und versteht darunter, qui

tra mandata, valebit donatio, *quia nuptiae non sunt*. Sed fas non est, eas donationes ratas esse, ne melior sit conditio eorum, qui deliquerunt. Divus tamen *Severus* in liberta Pontii Paulini Senatoris contra statuit: quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinae.

Merkwürdig sind hier die Worte: *Sed fas non est* etc. insofern also die Ehe gegen ein gesetzliches Verbot ist eingegangen worden, wäre es der Billigkeit zuwider, eine solche Schenkung bey Kräften zu erhalten, weil

habet iurisdictionem. Die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXX. Tit. 1. Const. 3. pag. 733. haben: ἢ ἐπαρχιῶτις γυνὴ τῷ διοικοῦντι τὴν ἐπαρχίαν. i. e. *vel provincialis mulier ei* (sc. nupserit), *qui provinciam administrat*. Im Vertrauen auf die Basiliken meint daher *Jo. Guil.* Hoffmann in Meletemat. s. Observation. var. ad Pand. Diss. XXII. §. 2. es müsse: qui ibi *imperet*, gelesen werden. Allein man hat nicht nöthig, die florentinische Lesart zu verlassen. Denn das Wort *merere* wird nicht nur von Soldaten gebraucht, welche Kriegsdienste thun *L.* 23. §. *ult. D. ad. municipalem*, sondern auch von allen denen, welche öffentliche Aemter in der Provinz verwalten. *L.* 38. *L.* 65. *D. de ritu nuptiar. L.* 2. *D. de his, quae ut indignis* S. Brissonius de Verbor. iuris Significat. voc. *Merere* nr. 4. et 5. Pothier Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. V. not. i. pag. 38. Daß aber auch Soldaten in der Provinz, worin sie ihren Dienst verrichten, keine Frauensperson aus derselben heyrathen dürfen, lehren *L.* 63. *et L.* 65. *D. de ritu nupt.* Aus diesem Grunde vertheidiget daher die florentinische Lesart auch *Ant.* Augustinus Emendation. et Opinion. Lib. III. Cap. 7. (in *Thes. iuris Rom. Ottoniano* Tom. IV. pag. 1516.)

sonst diesen Ehegatten ihr Verbrechen zum Gewinn gereichen würde[37]. Hier tritt also der Fiscus ein, und entreißt dem Beschenkten, der Unwürdigkeit wegen, das Geschenk, und es ist dann auch kein Unterschied zwischen Ehe und Verlöbniß, denn das Eine ist eben so gut verboten, als das Andere, wie Ulpian *libro XXXIII. ad Sabinum*[38] lehrt.

Sed si Senator libertinam desponderit, vel tutor pupillam, vel quis alius ex his, qui matrimonium copulare prohibentur, et duxerit, an donatio quasi in sponsalibus facta valeat? Et putem, *etiam sponsalia improbanda, et quasi ab indignis ea, quae donata sunt, ablata, fisco vindicari.*

Da der Fiscus nur solche Güter einziehen kann, welche der Unwürdige schon wirklich erworben hat, so dient diese Stelle zugleich zum Beweise, daß die Schenkung an sich nach dem strengen Recht nicht ungültig sey. Es darf nur der Beschenkte das Geschenk nicht behalten, weil es ihm der Fiscus wieder entreißt, wie Marcian *Lib. XI. Institutionum*[39] sagt. Man sieht dieses aber noch deutlicher aus einem Rescripte des Kaisers Alexander an eine gewisse Theodata. Es ist die *L. 7. Cod. h. t.* welche folgendermassen lautet:

Si ex voluntate patris tui filio tutoris nupta es, collata in maritum donatio ipso iure irrita est.

37) *L. 134. §. 1. D. de div. reg. iuris.* Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest.

38) *L. 32. §. 28. D. h. t.* S. auch *L. 60. §. 5. D. de ritu nuptiar.*

39) *L. 2. §. 1. D. de his, quae ut indignis.*

Sed si matrimonium iure non valuit, *licet ipso iure donatio tenuerit:* quia tamen indigna persona eius fuit, qui nec maritus potest dici: *utiles actiones super revocandis his tibi competunt.*

Hatte also die Theodata den Sohn ihres Vormundes nach dem Willen ihres Vaters geheyrathet, so war die ihrem Manne gemachte Schenkung ipso iure nichtig, weil die Ehe in diesem Falle gültig war [40]). In dem entgegengesetzten Falle aber war die Ehe derselben dem gesetzlichen Verbote zuwider, und daher die Schenkung nach dem strengen Rechte gültig. Allein da die Frau noch minderjährig war, so konnte der Fiscus hier nicht eintreten [41]), sondern ihr selbst wird zur Revocation der Schenkung die actio in rem utilis gestattet. Wäre auch hier die Schenkung ipso iure nichtig gewesen, so wäre kein Grund vorhanden, warum sie die verschenkte Sache nicht hätte direct vindiciren können [42]).

Noch ist vorläufig die Frage zu erörtern, was hier unter einer Schenkung unter Ehegatten verstanden wird, wenn von deren Ungültigkeit die Rede ist? Nicht jede Freygebigkeit, die ein Ehegatte gegen den andern ausübt, nicht jede Bereicherung des einen Ehegatten aus

40) S. den 24. Th. dieses Commentars §. 1216. e. S. 68.

41) *L.* 5. §. 9. *D. de his, quae ut indignis. L.* 6. *Cod. de his, quibus ut indignis.*

42) Man sehe hier vorzüglich *Franc.* Ramos Del Manzano ad Leges Juliam et Papiam Commentar. Lib. II. Cap. 14. (in *Thes. iuris civ. et canon. Meerman.* Tom. V. pag. 163—168.) und *Ant.* Schulting Notae ad Digesta a *Smallenburg* edit. Eiusq. animadversion. locupletatae. Tom. IV. ad L. 32. §. ult. D. h. t. pag. 311 sq.

den Gütern des andern ist schon an sich für eine solche Schenkung zu halten, welche die Gesetze für ungültig erklären. Nein so bitter, so gehäßig sind die Gesetze nicht zu nehmen, welche die Schenkungen unter Ehegatten verbieten, daß sie unter Personen, welche durch das engste Band der Liebe und Treue mit einander vereiniget sind, gerade das Mittel hätten verbannen sollen, wodurch man der geliebten Person seine innigste Liebe ganz vorzüglich zu erkennen giebt. Mit Recht sagt vielmehr **Paulus** *Lib. VII. ad Sabinum* [43]). Et sane non amare, nec tanquam inter infestos ius prohibitae donationis tractandum est; *sed ut inter conjunctos maximo affectu, et solam inopiam timentes.* Nur Unmäßigkeit, welche Armuth des Schenkenden befürchten läßt, soll vermieden werden. **Schenkung unter Ehegatten**, welche die Gesetze für ungültig erklären, ist also hier die Handlung, wodurch eine Sache von nicht unbedeutendem Werthe aus bloßer Freygebigkeit von dem einen Ehegatten dergestalt auf den andern übertragen wird, daß der Schenkende dadurch ärmer, der Beschenkte aber dadurch bereichert wird. **Ulpian** selbst giebt uns diesen Begriff, wenn er *Libro XXXII. ad Edictum* [44]) sagt: Hoc autem ex eo venit, quod definiri solet, eam demum *donationem* impediri solere, quae et donantem pauperiorem, et accipientem facit locupletiorem. Es ist also hier nur von donis nicht von muneribus die Rede, nach dem Unterschiede, welchen **Ulpian** *libro XLIII. ad Edictum* [45]) angiebt, wenn er sagt: Inter *donum* et *munus* hoc

43) *L.* 28. §. 2. *D. h. t.*

44) *L.* 5. §. 8. *D. eodem.*

45) *L.* 194. *D. de Verbor. Signif.*

interest, quod inter genus et speciem: nam genus esse *donum* LABEO ait, a donando dictum, *munus* speciem. Nam *munus* esse donum cum causa, utputa natalitium, nuptalitium. Eben so drücken sich die *glossae nomicae* aus: *Munus*, quod ob causam donatur: *Μούνοους τὸ μετ' αἰτίας δῶρον*; und Cornelius Fronto [46]) sagt: *Munus*, quod amicus, vel cliens, vel libertus *officii causa* mittunt. Z. B. donationes natalitiae, nuptiales, lustricae, Saturnales, ac similes. *Dona* autem proprie sunt, sagt Marcian *Libro I. Publicor. iudicior.* [47]) quae *nulla necessitate iuris*, officii, sed *sponte* praestantur, quae si non praestentur, nulla reprehensio est, et si praestentur, plerumque laus inest. Es kann aber auch ein munus in eine donatio ausarten, wenn das Geburtstagsgeschenk unmäßig ist. Pomponius sagt dieses ausdrücklich *libro XIV. ad Sabinum* [48]): Si vir uxori *munus immodicum* Kalendis Martiis [49]) aut

46) Differentiis Verbor. pag. 2196. edit. *Putsch.* Man sehe über den Unterschied zwischen donum und munus noch vorzüglich *Car. Andr.* DUCKER Opusc. de Latinitate ICtor. Vet. Cap. 39. pag. 39. — 52.

47) *L. 214. D. de Verbor. Signif.*

48) *L. 31. §. 8. D. h. t.*

49) Die *Calendae Martiae* waren bey den Römern ein Festtag, wo die Weiber von ihren Männern Geschenke erhielten. Man nennte dieses Fest *Matronalia*, weil es von den Matronen zum Andenken des zwischen den Römern und Sabinern gestifteten Friedens gefeiert wurde. OVIDIUS *Fastor. III.* 170. MARTIALIS *Epigrammat.* Lib. V. *Epigr.* LXXXIV. v. 10—12. PLAUTUS *Miles glorias.* Sc. III. Act. I. v. 96. SUETONIUS in *Ve-*

natali die dedisset, *donatio* est. Eben so sagt Ulpian *libro XXXII. ad Sabinum* [50]): Ex annuo vel menstruo, quod uxori maritus praestat, tunc, quod superest, revocabitur, *si satis immodicum est*, id est, supra vires dotis. Es erhellet zugleich hieraus, daß die Lex Cincia, welche unstreitig zur Zeit dieser Rechtsgelehrten noch galt, hier nicht zur Norm diente, wo es auf die Frage ankam, ob eine Schenkung unter Ehegatten für mäßig oder für unmäßig zu halten sey, obwohl dieselbe bey erlaubten Schenkungen ein gewisses Maaß bestimmt hatte, wovon selbst noch in den Pandecten deutliche Zeugnisse vorhanden sind [51]). Denn die Schenkung konnte immerhin der Lex Cincia gemäß, und doch nach der Beschaffenheit des Vermögens des Schenkenden unmäßig seyn [52]). Ueberdem rescindirte die Lex Cincia selbst große Schenkungen nicht, wenn sie in der gesetzlichen Form waren

spasiano. Cap. 19. Daher nennt Juvenal. *Satyr.* IX. v. 53. den ersten März *Kalendae femineae.* Dahingegen waren die Saturnalia das Fest, an welchen die Weiber den Männern Geschenke machten. S. *Guid.* Pancirolus Thesaur. variar. Lection. Lib. II. Cap. 54 *Sam.* Pitiscus ad Sueton. in Vespas. c. 1. Tom. II. pag. 501 und Pothier Pand. Justin. T. II. h. t. Nr. XXXVII. Not. h.

50) *L.* 15. *D. h. t.*

51) *L.* 21. §. 1. *L.* 24. *D. donat.* *L.* 5. §. 5. *de doli mali et metus except.* S. von Savigny Ueber die Lex Cincia de donis et muneribus. §. III. et IX. (in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. 4. B. S. 11. und S. 36. ff.)

52) C. Mencken Diss. cit. de donationib. inter V. et U. §. 18.

vollzogen worden [53]). Da also auch munera durch Unmäßigkeit in donationes ausarten konnten; so hat wohl Fried. Brummer [54]) nicht Unrecht, wenn er den Unterschied zwischen dona und munera darin setzt, daß unter den ersteren Geschenke von großem Werthe, also große unmäßige Geschenke, unter den letztern aber mäßige Geschenke von geringerem Werthe verstanden werden, sie bestehen nun in Gelde oder Geldeswerthe, sie mögen cum causa, oder sine causa, und also aus bloßer Freygebigkeit, gegeben worden seyn.

Uebrigens wird zu einer Schenkung unter Ehegatten, wenn sie dem gesetzlichen Ausspruche der Nichtigkeit unterworfen seyn soll, das übereinstimmende Bewußtseyn beyder Ehegatten, mithin von Seiten des Einen Uebergabe der geschenkten Sache, von Seiten des Andern aber Annehmung vorausgesetzt. Denn nur dieses ist eine wahre Schenkung, sagt Julian *libro XVII. Digestorum* [55]), cum aliquis ea mente dat, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat. Igitur cum dicimus inter sponsum et sponsam *donationem* valere, propria appellatione utimur, et factum demonstramus, quod ab eo proficiscitur, qui liberalitatis gratia aliquid dat, ut confestim faciat accipientis, nec unquam ullo facto ad se reverti velit. Diese

53) S. von Savigny angef. Schrift. §. IV. S. 16. ff.

54) Commentar. ad Leg. Cinciam Cap. II. §. 17. pag. 27. (edit. *Ge.* Beyer *Lipsiae* 1716. 8.)

55) *L.* 1. *D. de donationibus.* S. *Hub.* Giphanius Lectur. Altorphin. ad L. 1. pag. 100.

Stelle gehört um so mehr hierher, weil Julian im 17. Buche seiner Digesten gerade von Schenkungen unter Ehegatten handelte [56]), und daher für nöthig hielt, den Begriff einer eigentlichen Schenkung selbst erst näher zu bestimmen [57]). Ob ein bloßes Schenkungsversprechen, welches bey Lebzeiten des Promittenten durch die Uebergabe nicht vollzogen ward, demselben Rechte, wie die Schenkung unter Ehegatten selbst, unterworfen sey, ist zweifelhaft. Papinian läugnete es, und Ulpian giebt ihm Recht. Letzter schreibt nämlich *libro VI. ad Sabinum* [58]): Papinianus recte putabat, orationem *Divi Severi* ad rerum donationem pertinere: *denique si stipulanti spopondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit.* Diesem scheint nun aber geradezu zu widersprechen, was Ulpian *libro XXXVI. ad Sabinum* [59]) sagt: Si stipulata fuerit mulier annum, id ex stipulatu petere, constante matrimonio, non potest. Sed si manente matrimonio decessisse maritus proponatur, puto, *quia in annuo quoque donatio vertitur*, posse dici, stipulationem confirmari ex Senatusconsulto. §. 1. Si uxor marito annuum versa vice praestiterit, restituetur ei hoc, et poterit vindicare id quod

56) Man vergleiche *L.* 4. *L.* 5. §. 1. 4. *et* 13. *et L.* 37. D. *h. t.*

57) S. *Jac.* Cujacii Commentar. in Libr. XVII. Digestor. Salvii Juliani ad L. 1. D. de donation. (*Oper. a* Fabroto *editor.* Tom. III. pag. 126.) und *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. §. *Hactenus. Oper.* T. II. pag. 512.

58) *L.* 23. *D. h. t.*

59) *L.* 33. *D. h. t.*

exstat: credo [60]) poterit et condicere, in quantum locupletior factus est: quia non tam sollemne [61]) est annuum, quod maritus uxori pendit, et [62]) quod uxor marito praestat, immo incongruens est, et contra sexus naturam. §. 2. Et si forte maritus ab uxore stipulatus sit id annuum, decesseritque mulier constante matrimonio, dicendum erit, ex Oratione donationem convalescere. Man hat sich viel Mühe gegeben, den Ulpian mit sich selbst zu vereinigen [63]). Es ist indessen hier der Ort noch nicht, den Knoten aufzulösen, weil sich jene Frage eigentlich auf das durch das Senatusconsultum ad orationem Antonini Caracallae de donationibus inter virum et uxorem

60) Im *Cod. Erl.* steht credo nicht.

61) *Jo.* CANNEGIETER ad ULPIANI *Fragm.* Tit. VII. §. 1. pag. 45. substituirt *insolens.* BEST Ratio emendandi LL. Cap. XV. Nr. 5. *insolemne.* Allein man sehe den 13. Th. dieses Commentars §. 836. S. 197. Not. 36.

62) *Cod. Erl.* quam quod. So lesen auch mehrere alte Ausgaben, z. B. die des Claud. Chevallon, und Baudoza Cestius.

63) Man sehe *Franç. de* AMAJA Observation. iuris. Lib. II. cap. 10. *Corn. van* BYNKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. V. Cap. 18. *Ev.* OTTO Papinian. Cap. XII. §. 9. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. Exposito (Tom. II. *Oper.* pag. 517.) POTHIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. LXXIII. Not. l. VOORDA Thesium controversarum. Decad. VIII. §. 3 — 5. *Henr.* KELLINGHUSEN Diss. de Legibus nonnullis Romanorum. (*Franequerae* 1744.) Cap. XIV. (in *Gerh.* OELRICHS *Thes. novo Dissertation. iurid. Belgicar.* Vol. II. Tom. II. pag. 40 — 42.) und MENKEN Diss. cit. de donationib. inter V. et U. §. 23. — §. 28.

confirmandis gemilderte Recht bezieht, wovon erst in der Folge die Rede seyn wird. Es wird sich dann auch von selbst ergeben, daß der Grund der Entscheidung in der Natur des annuum beruht, quod quidem non unam donationem, sed per singulos annos repetitam continet, welchen Grund Ulpian in den angeführten Worten *quia in annuo quoque* (i. e. in singulis annuis) *donatio vertitur*, deutlich genug ausgedrückt hat. Ohnehin aber hat die ganze Streitfrage nun ihr Interesse verlohren, nachdem Justinian die Lex Cincia, welche überhaupt keine Stipulation für Schenkungen großer Summen zuließ, sondern die gegenwärtige Erfüllung durch Uebergabe in gesetzlicher Form zu deren Gültigkeit erforderte [64]), vollends aufgehoben [65]), und namentlich den Streit über die aufgeworfene Frage entschieden hat [66]).

64) S. von Savigny über die Lex Cincia. §. IV. (in der Zeitschrift IV. B. S. 16—19.)

65) *L.* 35. §. 5. *L.* 37. *C. de donat.* §. 2. *I. de donat.* Justinian hob nämlich nicht nur die Nothwendigkeit der Tradition bey großen Schenkungen auf, sondern er begünstigte die Schenkungen vor andern Verträgen noch darin, daß auch das bloße Versprechen ohne Stipulation schon eine Klage begründen sollte. S. von Savigny §. VIII. S. 35 ff.

66) *Nov. CLXII. Cap.* 1. Mulier quaedam in his rebus, quae ipsi a marito donatae, non vero traditae erant, mortuo marito, et de donatione tacente, res vindicare voluit, velut earum domina tam ex donatione, quam silentio mariti facta. Opponebatur a detentoribus, habere illam in ius vocatam solam exceptionem, si possideat: non autem ab alio eas vindicare posse. De quo igitur controversia erat, id ita se habuit. Nos vero recordati sumus constitutionis nostrae, *quae do-*

Ich habe oben gesagt, daß eine Schenkung unter Ehegatten, wenn sie dem Gesetz unterworfen seyn soll, das übereinstimmende Bewußtseyn beyder Ehegatten voraussetze. Hieraus erklärt sich die schwierige Stelle des Neratius *libro V. Membranarum* 67).

Si extraneus rem viri, ignorans eius esse, ignoranti uxori, ac ne viro quidem sciente, eam suam esse, donaverit: mulier recte eam usucapiet. — Sed si vir rescierit suam rem esse prius quam usucapiatur, vindicareque eam poterit, nec volet, et hoc et mulier noverit, interrumpetur

natori, etsi non stipuletur traditionem, necessitatem tradendi rem donatam incumbere dicit. — Meminimus insuper veterem legem *Cinciam* (nicht Sentiam, wie Hombergk hat, denn es muß *τοῦ κεντίου νόμου* gelesen werden, wie auch Cujacius Lib. VI. Observation. Cap. 18. bemerkt hat,) latam esse, quam recte e legibus suis olim Respublica ejecit, ea sancientem, de quibus nunc controversia movetur. §. 1. Sancimus igitur, si (ut ante dictum est) donatio per omnia perfecta sit, tum quantum ad quantitatem, tum quantum ad insinuationem, ut illa statim ab initio, ex quo facta est, secundum constitutionem nostram ex silentio viri omni modo valeat: adeo ut si maritus postea rem hypothecae det, vel pignori obligaverit, non tamen is, qui, quamdiu superstes fuit, quievit, alienasse videatur: et traditio, si facta fuit, exceptionem illi det, vel si non facta est, praebeat etiam exactionem, et si quidem stipulatio intervenit, *ex stipulatu*, sin minus, *condictionem ex lege*, ad consequendum id quod donatum est. Man sehe auch *Guliel.* Ranchinus Variar. Lection. Lib. II. Cap. 7.

67) *L. 44. D. h. t.*

possessio: *quia transiit in causam ab eo factae donationis.* Ipsius mulieris scientia [68]) propius est, ut nullum adquisitioni dominii eius adferat impedimentum: non enim omnimodo uxores ex bonis virorum, sed *ex causa donationis ab ipsis factae* adquirere prohibitae sunt.

Es ist hier von dem Falle die Rede, wenn ein Fremder einer Ehefrau die Sache ihres Mannes schenkt, und die Frage, welche hier Neratius entscheidet ist die, ob Usucapion gelte? Nach der richtigen Interpunction werden hier eigentlich drey Fälle unterschieden.

1) Wenn alle drey Personen, der Schenkende, der Ehemann, und die beschenkte Frau die Beschaffenheit des Eigenthums nicht kannten. Hier ist die Usucapion außer Zweifel. Diesen Fall enthalten die Worte: *Si extraneus rem viri — mulier recte eam usucapiet.*

68) Nach der gewöhnlichen Interpunction sind die Worte *ipsius mulieris scientia* mit den vorhergehenden Worten: quia transiit in causam ob eo factae donationis, in einem Satze verbunden. Denn in der Taurellischen, und allen übrigen Ausgaben steht nach den Worten mulieris scientia ein Punctum. Eben so in unserm Erlang. Cod. Mit den Worten propius est, fängt eine eine neue Periode an. Daß aber diese Interpunction unrichtig sey, und dadurch der Sinn verdunkelt, ja offenbar entstellt werde, hat H. von Savigny in einem trefflichen Aufsatz über die L. 44. D. h. t. in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 1. B. Nr. X. S. 270 — 280. gezeigt, und hiermit aller Schwierigkeit abgeholfen, welche die Rechtsgelehrten bey der Erklärung dieser Gesetzstelle gefunden haben.

2) Wenn vor vollendeter Usucapion beyde Ehegatten die wahre Lage des Eigenthums erfahren, und alles absichtlich ungeändert lassen. Hier wird der Usucapionsbesitz unterbrochen, weil nun die Schenkung als eine von dem Manne selbst gemachte zu betrachten ist. — *Sed si vir rescierit suam rem esse, — quia transiit in causam ab eo factae donationis.*

3) Wenn nur die Frau allein, und nicht auch zugleich der Mann, erfahren hat, daß die ihr von dem Dritten geschenkte Sache des Mannes Eigenthum sey. Hier stöhrt die Wissenschaft der Frau die Usucapion nicht. Zwar bereichert sich auch hier die Frau wissentlich aus dem Vermögen des Mannes; allein es ist schon oben bemerkt worden, daß nicht jede Bereicherung dieser Art verboten sey, sondern nur diejenige, welche eine Schenkung ist. Diese kann aber ohne übereinstimmendes Bewußtseyn beyder Ehegatten nicht gedacht werden. — *Ipsius mulieris scientia propius est, ut nullum adquisitioni dominii eius adferat impedimentum: — sed ex causa donationis ab ipsis factae adquirere prohibitae sunt.*

Uebrigens sind nur Schenkungen unter Ehegatten ungültig; sonst gelten alle andere Verträge und Rechtsgeschäfte auch unter Ehegatten, sofern dieselben nur nicht etwa blos zum Schein geschlossen worden sind, um eine Schenkung damit zu bemänteln [69]. War es wirklich die Absicht der Ehegatten, einen onerösen Contract unter sich zu schließen, so daß auf keine Weise die Absicht zu schenken

69) S. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *sequens locus.* pag. 511 sq. *Scip.* Gentilis de donationibus inter vir. et uxor. Lib. I. Cap. 14—26. und *Ge. Henr.* Ayrer Diss. de donat. inter vir. et uxor. Sect. I. §. 4.

obwaltete; es hat aber nachher ein Theil dem andern die Gegenleistung ganz oder zum Theil erlassen; so ist und bleibt das Geschäft dennoch gültig, und nur der Erlaß gilt nicht, und muß restituirt werden, so weit der andere Theil dadurch bereichert worden ist. Ist keine Absicht zu schenken vorhanden, so kann auch ein Ehegatte dem andern eine Sache wohlfeiler verkaufen, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 5. §. 5. D. h. t. Ulpianus *libro* XXXII. *ad Sabinum.* Circa venditionem quoque, *Julianus* quidem minoris factam venditionem nullius esse momenti ait: *Neràtius* autem, cuius opinionem *Pomponius* non improbat, venditionem, donationis causa inter virum et uxorem factam, nullius esse momenti: si modo cum animum maritus vendendi non haberet, idcirco venditionem commentus sit, ut donaret: enimvero, *si cum animum vendendi haberet* 70), ex pretio ei remisit, venditionem quidem valere, remissionem autem hactenus non valere, quatenus facta est locupletior. Itaque si res quindecim venit quinque, nunc autem sit decem, quinque tantum praestanda sunt: quia in hoc locupletior videtur facta.

L. 7. §. 6. D. eodem. Ulpianus *libro* XXXI. *ad Sabinum.* Si uxor a marito suo praedia, quae ob dotem pignori acceperat, emerit, eaque emtio donationis causa facta dicatur, nullius esse momenti,

70) Dieses wird im Zweifel angenommen. S. *Ant.* Schulting Notae ad Dig. a *Smallenbarg* edit. Tom. IV. ad h. L. pag. 288. und Voorda Thes. controversar. Decad. VII. §. 4.

pignoris tamen obligationem durare, Imperator noster cum patre suo rescripsit: cuius rescripti verba ideo retuli, ut appareat, venditionem inter virum et uxorem bona fide gestam non retractari. *Si tibi maritus pignora propter dotem et pecuniam creditam data, non donationis causa vendidit, quod bona fide gestum est, manebit ratum: at si titulus donationis*[71]) *quaesitus ostenditur, atque ideo venditionem irritam esse constabit, iure publico*[72]) *causam pignorum integram obtinebis.*

L. 31. *§.* 3. *D. h. t.* Pomponius *libro XIV. ad Sabinum.* Si duo mancipia fuerint, singula quinis digna, sed utrumque unis quinque[73]) donationis causa a viro mulieri, vel contra venierint: melius dicetur, communia ea esse pro portione pretii; nec tandem spectandum esse, quanti mancipia sint, sed quantum ex pretio donationis causa sit remissum. *Sine dubio licet a viro vel uxore minoris emere, si non sit animus donandi.*

§. 4. *eiusd. L.* Si vir uxori, vel contra, quid vendiderit vero pretio, et donationis causa pacis-

71) *Ant.* Schulting Not. ad Dig. Tom. IV. ad h. §. L. 7. h. t. will *donationi* lesen. Eben so lesen Haloander und Miräus.

72) Daß Schenkungen unter Ehegatten ungültig sind, wird als ein Grundsatz des ius publicum angesehen. Denn die Röm. Juristen stellen uns das gemeine Beste als dabey interessirt vor. Es kann daher auch durch Vertrag nicht aufgegeben werden. S. Burchardi Grundzüge des Rechtssystems der Römer. §. 27. S. 161. f.

73) *Cod. Erlang.* unis *quinis.*

cantur, ne quid venditor ob eam rem praestet: videndum est, quid de ea venditione agatur: utrum res venierit, et totum negotium valeat: an vero ut ea sola pactio irrita sit, quemadmodum irrita esset, si post contractam emtionem novo consilio inito id pacti fuisset actum? Et verius est, *pactum dumtaxat irritum esse.*

L. 32. §. 24. *D. h. t.* ULPIANUS *libro* XXXIII. *ad Sabinum.* Si inter virum et uxorem societas donationis caussa contracta sit, *iure vulgato* [74]) nulla est: nec post decretum Senatus emolumentum ea liberalitas, ut actio pro socio constituatur, habere poterit: *quae tamen in commune tenuerunt, sine praestituto revocanda non sunt* [75]). Idcirco igitur pro socio actio non erit, quia nulla societas est, quae donationis causa interponitur, nec inter ceteros: et propter hoc nec inter virum et uxorem.

§. 25. Idem erit dicendum, et si emtio contracta sit donationis causa: nam nulla erit.

74) Id est, iure communi, quod iam ante Orationem *Antonini* moribus obtinuit. Dieses erhellet aus dem Nachsatz: nec *post decretum Senatus.*

75) Eine wahre Societät, die einen bestimmten Zweck hat, (dieß heißt hier *finis praestitutus*) kann, wenn sie auch auf das ganze Vermögen der Ehegatten geht, allerdings unter ihnen bestehen. *L.* 17. §. 1. *D. Soluto matrimon. L.* 16. §. 3. *D. de alimentis.* S. *Scip.* GENTILIS cit. Tr. de donationib. inter V. et U. Lib. I. Cap. 15. und *Zach.* RICHTER cit. Diss. de oratione Antonini de donationib. inter V. et U. confirmand. §. 15.

§. 26. Plane si minoris res venierit donationis causa, vel postea pretium sit remissum, admittemus donationem valere ad Senatusconsultum [76].

§. 1253. a.

Darstellung des ältern Rechts. Gründe desselben.

Das Recht in Ansehung der Schenkungen unter Ehegatten hat jedoch mancherley Veränderungen erlitten. Man hat daher in dieser Rechtslehre das ältere Recht, welches vor **Antoninus Caracalla** galt, von dem neuern Rechte sorgfältig zu unterscheiden, um die Irrthümer zu vermeiden, in welche **Hellfeld**, und schon vor ihm **Noodt** und andere gerathen sind [77]. Das neuere Recht ist aber das-

76) Unser *Cod. Erlang.* liest hier, wie die **Taurellia**. Mehrere alte Ausgaben aber lesen *pertinere* statt valere. Z. B. die des **Claud. Chevallon**, **Merlinus**, und **Baudoza Cestius**. Offenbar aber geht der Sinn dahin, eine solche Schenkung werde vermöge des Senatus-Consults durch den Tod des Schenkenden bestätigt. So erklären diese Stelle auch *Detlev.* Langebek in Leges aliquod perdifficiles et nond. satis intellectas Annotation. Cap. III. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. I. pag. 548.) und Gentilis de donation. inter Vir. et Uxor. Lib. I. cap. 16. Und diese Erklärung wird besonders durch die *Basilica* bestärkt. In diesen heißt es Lib. XXX. Tit. I. Const. 32. §. 19. pag. 740. Ἡ κατὰ δωρεὰν πρᾶσις ἄκυρός ἐστιν, εἰ μὲν τοι ἧττονος ἠγόρασεν ἢ τὸ τίμημα, μετὰ ταῦτα ἔῤῥωται ἡ δωρεά, i. e. *Donationis causa facta venditio irrita est. Quod si quis minoris emit, quam esset pretium, rata est postea donatio.*

77) S. Richter Diss. cit. §. 11.

jenige, welches durch das Senatusconsult auf die Oration des gedachten Kaisers eingeführt, und von Justinian erweitert worden ist.

Schenkungen unter Ehegatten waren zwar schon von den ältesten Zeiten an ungültig, aber vor Antoninus Caracalla dergestalt verboten, daß sie auf keine Weise, auch nicht durch den Tod des Schenkenden, gültig werden konnten [78]). Auf diese Zeiten bezieht sich unstreitig, wenn Ulpian *L.* 3. §. 10. *D. h. t.* sagt: Sciendum autem est, *ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso iure nihil valeat, quod donationis causa actum est.* Proinde si corpus sit, quod donatur, nec traditio quicquam valet. Et si stipulanti promissum sit, vel accepto latum, nihil valet. *Ipso enim iure, quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt.* Denn diese Stelle ist aus Ulpians *libro XXXII. ad Sabinum* genommen, worin er das ältere Recht von Schenkungen unter Ehegatten erklärt hat, wie sowohl aus der Verbindung mit *L.* 1. *D. h. t.* welche aus eben dem *libro XXXII. Ulpiani ad Sabinum* genommen ist, als insonderheit aus *L.* 32. *pr. D. h. t.* welche aus desselben *libro XXXIII. ad Sabinum* entlehnt ist, ganz klar erscheint, wo Ulpian sagt: Cum hic status esset donationum inter virum et uxorem, *quem* ANTEA, (id est, superiore libro) *retulimus*, Imperator noster ANTO-

78) Sollte das Geschenk gelten, so mußte es der schenkende Ehegatte in seinem Testamente bestätigen. Dann galt es als ein Vermächtniß. *L.* 109. *pr. D. de legat. I.* S. Westphal's Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. §. 156.

NINUS Augustus etc., Ulpian schreibt dieses ältere Recht den moribus zu. Er sagt nämlich *L. 1. D. h. t.* MORIBUS apud nos receptum est, *ne inter virum et uxorem donationes valerent.* Und nach Ulpians Relation *L. 3. pr. D. h. t.* scheint sich auch die oratio Imperatoris Antonini mit den Worten angefangen zu haben: *Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt.* Daß durch die mores maiorum die ältesten Zeiten der Römer bezeichnet werden sollen, ist wohl ausser Zweifel; allein man ist darüber nicht einig, welcher römischen Rechtsquelle dieses Verbot zuzuschreiben sey. Der griechische Scholiast [79]) meint, es sey die auctoritas Prudentum. Er sagt nämlich: Ex τῆς ἀγράφου συναινέσεως τῶν σοφῶν, τοῦτο γάρ ἐστι ἐξ μορίβους. ἐδέχθη παρ ἡμῖν τοῖς Ρωμαίος μὴ ἐῤῥῶσθαι μεταξὺ ἀνδρὸς καὶ γυναικὸς δωρεάς i. e. *Ex non scripto Prudentum consensu (hoc enim est, quod hic dicitur ex* MORIBUS) *apud nos Romanos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valeant.* Es sind auch wirklich mehrere neuere Rechtsgelehrten [80]) derselben Meinung, weil das nicht geschriebene Civilrecht vorzüglich der Interpretation der römischen Rechtsgelehrten zugeeignet wird [81]). Dagegen hat nun aber

79) *Basilica* Tom. IV. Lib. XXX. Tit. I. Sch. a. pag. 743.

80) *Rad.* FORNERIUS Rerum Quotidianar. Lib. V. cap. 3. (in *Thes. Otton.* Tom. II. pag. 257.) *Jac.* RAEVARDUS de auctoritate Prudentum. Cap. 14 et 16. (Oper. T. II. pag. 919. und p. 929.) *Ev.* OTTO Comment. ad §. 9. I. de iure nat. gent. et civ. u. a. m.

81) *L. 2. §. 5. et 12. D. de Orig. iuris.*

freylich Joh. Gottfr. Richter [82]) nicht ohne Grund erinnert, daß diese Meinung großen Schwierigkeiten unterworfen sey, weil Cicero [83]) die Auctorität der Rechtsgelehrten als eine von den moribus maiorum ganz unterschiedene Rechtsquelle anführe. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so scheint soviel gewiß zu seyn, daß es ursprünglich gar keines Verbots bedurfte. Denn so lange die Ehen bey den Römern durch die in manum conventio geschlossen wurden, war eine Schenkung unter Ehegatten gar nicht denkbar, weil diese eheliche Form zwischen Mann und Frau ein Verhältniß hervorbrachte, welches der patria Romanorum potestas vollkommen gleich war. Denn Dionyß [84]) erzählt, Romulus habe ein Gesetz gegeben, nach welchem die Frau, die unter Beobachtung gewisser religiöser Förmlichkeiten in die Gewalt ihres Mannes gekommen wäre, aller seiner Güter und der sacrorum theilhaftig geworden sey, und ihn nach seinem Tode, wie eine Tochter, beerbt habe [85]). Das Nämliche, was das

82) Diss. de moribus maiorum tanquam antiquissimo iuris Romani fonte. *Lipsiae* 1744. Cap. V. pag. 39.

83) *Topic.* cap. 5.

84) Dionys. Halic. *Antiquitt. Rom.* Lib. II. cap. 25. p. 95. edit. *Sylburg.*

85) Dionyß sagt: Lex autem haec erat Romuli: *Mulierem nuptam, quae ex sacratis Legibus in manum mariti convenisset, cum eo omnium et bonorum et sacrorum participem esse.* — Uxor enim erat familiae domina, aeque atque ipse vir; et in eius defuncti bona, ut filia in patris, heres succedebat. S. Heinr. Ed. Dirksen Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts. 6. Abh. Kap. 4. S. 293 ff.

Gesetz des Romulus bey der Ehe durch Confarreation bestimmt hatte, galt auch von der in manum conventio durch *coemtio* und *usus*, obgleich diese Formen erst durch die Gesetze der zwölf Tafeln in Gebrauch kamen [86]). Da nun eine solche Ehefrau, welche sich in manu mariti befand, eben so wenig, wie die Kinder während der väterlichen Gewalt, ein eignes Vermögen besitzen konnte, vielmehr alles, was sie dem Manne zubrachte, und während der Ehe erwarb, dem Manne erwarb, in dessen Gewalt sie war [87]); so konnte unter Ehegatten, wegen der in manum conventio, eine Schenkung eben so wenig Statt finden, als zwischen dem Vater und den Kindern [88]). Auf solche Art waren also Schenkungen unter Ehegatten schon längst vor den Gesetzen der zwölf Tafeln, und zu den Zeiten der römischen Könige, an sich nichtig. Und da man dasjenige, was aus den Gesetzen der Könige sich noch nach deren Vertreibung im Gebrauch erhalten hatte, und in die Gesetze der zwölf Tafeln übergegangen war, den moribus zuzuschreiben pflegte [90]), so läßt sich daraus gar wohl erklären, wenn Ulpian sagt: *Moribus apud nos receptum est; ne inter virum et uxorem donationes vale-*

86) S. den 24. Th. dieses Commentars §. 1220.

87) S. den 23. Th. des Commentars. §. 1205. S. 131 f.

88) *L.* 1. §. 1. *et* 2. *D. pro donato. Zach.* Richter Diss. de oratione Antonini. §. 3. und Koenig Vicissitud. iur. Rom. de donationib. inter V. et Ux. §. 1.

89) S. Boehmer Diss. cit. §. 7. et 17. Gruper Tr. de Uxore Rom. Cap. III. §. 10.

90) *L.* 8. *D. de his, qui sui vel alieni iuris sunt.* S. *Ev.* Otto in Praefat. Tom. IV. Thes. iuris Rom. pag. 13. und Mencken Diss. cit. §. VIII—XI.

rent. Es ist daher ungegründet, wenn einige Rechtsgelehrten [91]) den Ursprung dieses ältern Rechts aus einem Gesetz des Solons haben herleiten wollen, welches in die Gesetze der zwölf Tafeln aufgenommen worden seyn soll. Denn daß die mores älter, als die Gesetze der zwölf Tafeln sind, erhellet schon daraus, weil diese Gesetze nach dem Bericht des Dionys von Halicarnaß [92]) *ἔκ τε τῶν Ἑλληνικῶν νόμων καὶ παρὰ τῶν σφίσιν αὐτοῖς, ἀγράφων ἐθισμῶν*, i. e. *tum ex Graecorum iure, tum e patriis consuetudinibus* zusammengetragen wurden [93]).

Allein nicht alle Ehen wurden durch die in manum conventio geschlossen. Es gab daneben noch eine andere Form der Ehe, bey welcher die Frau nicht in die Gewalt des Mannes kam. Schon das Gesetz der zwölf Tafeln, wodurch die Ehe durch den Usus war eingeführt worden [94]), setzte daneben die Gültigkeit einer Ehe voraus, die auch ohne eine in manum conventio Statt finden konnte, wenn nämlich die Frau nicht ein volles Jahr mit ihrem

91) *Jac.* Cujacius Paratitl. ad Dig. h. t. *Dionys.* Gothofredus not. ad L. 1. D. h. t. *Will. Corn.* Trpell Disp. ad L. LXVI. π. de donat. inter vir. et uxor. §. 2. (in Oelrichs *Thes. Dissertation. iuridic. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. pag. 127.)

92) *Antiquitat. Rom.* Lib. X. pag. 661. edit. *Sylburg.*

93) S. Gentilis cit. Tract. Lib. I. cap. 3. und Richter Diss. cit. de Oratione Antonini. §. 4.

94) S. Heinr. Ed. Dirksen Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente. (Leipzig 1824.) Kap. XII. Tab. VI, Frag. 4. S. 418 ff.

Ehemanne zusammen gelebt, sondern sich drey Nächte lang von deßen Bette geschieden hatte. Lange Zeit haben diese beyden Formen der Ehe neben einander bestanden. Nicht nur Cicero [95]) sagt: Uxorum duae formae sunt, una *matrumfamilias*, earum, quae in manum convenerunt, altera earum, *quae tantummodo uxores habentur*; sondern auch Quinctilian [96]) gedenkt dieser beyden Formen, die auch noch lange nachher, noch zu Gajus [97]) und Ulpians [98]) Zeiten im Gange waren, bis endlich die freie Ehe, ohne die in manum conventio, die allein herrschende wurde [99]).

Da bey der freyen Ehe jenes strenge, von dem Manne abhängige Rechtsverhältniß der Frau wegfiel, welches bey der in manum conventio Statt fand, indem sie hier nicht so, wie bey der strengen Ehe, als eine filiafamilias angesehen wurde, sondern ihr Vermögen für sich behielt, und nur dem Manne eine dos bestellte, übrigens aber auch während der Ehe für sich erwarb [100]); so schien nun zwar die Ursache gehoben zu seyn, weshalb Schenkungen unter Ehegatten nicht bestehen konnten, dennoch aber waren sie auch bey der freien Ehe nicht erlaubt. Dieses Verbot haben alle diejenigen Rechtsgelehrten vor Augen gehabt, welche vor Antoninus Caracalla gelebt

95) *Topica*. Cap. 3.

96) *Instit. Orator. Lib. V. cap.* 10.

97) *Institut. Comment. Lib. I.* §. 111 — 113.

98) *Fragm. Tit. IX.* §. 1.

99) S. den 24. Th. dieses Commentars. §. 1220.

100) S. Gruper de Uxore Rom. Cap. VII. §. 7. und Ayrer Diss. de iure connubiorum apud Rom. §. 31.

haben. Es würde gegen alle Regeln der Hermeneutik streiten, wenn wir uns durch die Anfangsworte der *L.* 32. *D. h. t.* Cum hic status esset donationum inter virum et uxorem, quem antea retulimus, Imperator noster *Antonius* Augustus etc. wollten täuschen laßen, zu glauben, daß alle vorhergehende Gesetze dieses Titels von den ältern Rechte handelten. Das Gegentheil lehrt *L.* 23. *D. h. t.* welche das neuere Recht enthält. Hierzu kommt, daß die meisten Fragmente nach der *L.* 32. *h. t.* aus den Schriften solcher Rechtsgelehrten genommen worden sind, welche das Zeitalter der Kaiser Sever und Antoninus nicht erreicht haben. Es kommt also vielmehr auf das Alter eines jeden einzelnen Rechtsgelehrten an, aus deren Schriften dieser Titel geschöpft ist. Die Rechtsgelehrten, die vor Antonin gelebt haben, sind folgende 11. Labeo, L. 65. et L. 67. Alfenus Varus, L. 38. Neratius, L. 44. Celsus, L. 47. et L. 48. Javolenus, L. 20. L. 50. L. 64. Julianus, L. 4. L. 37. L. 39. Terentius Clemens, L. 25. Pomponius, L. 18. L. 29. L. 31. L. 51. Cajus, L. 6. L. 8. L. 10. L. 30. L. 42. et L. 61. Marcellus, L. 49. und Scaevola L. 56. L. 58. L. 66. h. t. Die übrigen 7 Rechtsgelehrten Papinian, Tryphonin, Ulpian, Paulus, Licinius Rufinus, Herennius Modestinus und Hermogenian lebten theils unter Severus und Caracalla, theils unter ihren Nachfolgern. Deren Fragmente enthalten theils das ältere, theils das neuere Recht. Auf einem ausdrücklichen Gesetz beruhte nun zwar jenes Verbot nicht, sondern auf einem ius, quod voluntate omnium, wie Cicero [1]) sagt, sine lege vetustas comprobavit, oder, wie

1) *De inventione* Lib. II. cap. 22.

Ulpian [2]) sagt, auf einem tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus. Denn so definirt er die *mores*. Allein die römischen Rechtsgelehrten, und diese waren ursprünglich blos die Patrizier [3]), glaubten Gründe genug zu haben, warum Schenkungen unter Ehegatten, auch ohne eine in manum conventio, rechtlich nicht gestattet werden könnten, wenn auch übrigens die Form dieser Ehe den Schenkungen selbst nicht hinderlich war. Denn deren Auctorität kann wohl ohne Bedenken dieses ius moribus receptum zugeschrieben werden [4]), wenn gleich Cicero [5]) zu seinen Zeiten Jurisperitorum auctoritas, und mos von einander unterscheidet. Die Gründe werden von Ulpian [6]) und Paulus [7]) folgendermassen angegeben. Hoc autem receptum est, sagt Ulpian, ne mutuato amore [8]) invicem spoliarentur, donationibus non

2) *Fragm. Tit.* 1. §. 4. S. auch §. 9. *I. de iure nat. gent. et civ.*

3) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 74.

4) Schon der Ausdruck *receptum* scheint dahin zu deuten. *Receptum* enim id dicitur, quod a plerisque prudentium approbatum est, sagt *Guil.* Budaeus Annotat. in Pand. ad L. 11. D. de dolo malo. Man sehe auch Brissonius de Verbor. iur. Signific. h. voc. und Schweppe Röm. Rechtsgeschichte. §. 77.

5) *Top. cap.* 5.

6) *L.* 1. *D. h. t.*

7) *L.* 2. *D. eodem.*

8) Die meisten alten Ausgaben, Haloander, Chevallon, Miräus, Baudoza, Merlinus u. a. lesen mutuo amore. Mit dieser Lesart stimmt auch der griechische Scholiast in *Basilic.* Tom. IV. pag. 743. überein,

temperantes [9]), sed profusa erga se facilitate [10]). Einen ähnlichen Grund führt Pomponius aus Proculus an, wenn er *libro XIV. ad Sabinum* [11]) sagt:

welcher diesen Verbietungsgrund so ausdrückt: ἵνα μὴ τῷ πρὸς ἀλλήλους ἀμοιβαδὸν ἔρωτι γυμνῶνται. i. e. *ne mutuo amore invicem spoliarentur.*

9) Die Lesart *obtemperantes* bey Haloander ist offenbar unrichtig. Der griechische Scholiast hat: ἀφειδῶς ἀλλήλοις δωρούμενοι. *profuse sibi invicem donantes.*

10) Diese Worte scheinen vielen einen abgebrochenen und unvollständigen Sinn zu haben. Sie haben sie daher in ihren Ausgaben auf mancherley Art zu ergänzen gesucht. Einige setzen nämlich *utentes* hinzu, wie Haloander und Miräus; andere *abutentes*, wie Chevallon, Merlin und Baudoza; noch andere *agentes*, wie Baptista de Tortis. *Desider.* Heraldus hingegen glaubt Observation. et Emendation lib. Cap. XVII. (*in Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. II. pag. 1330.) durch Weglaßung der Partikel *Sed* läße sich der Zusammenhang der Worte vollkommen wiederherstellen. *Jo. Guil.* Hoffmann aber in Meletemat. et Observation. var. ad Pand. Diss. XXII. §. 1. hält dieses Wegstreichen eines Worts für bedenklich, und meint, wenn ja geändert werden soll, so sey durch Aenderung eines Buchstabens alles abgethan, nämlich wenn man *profusi* statt profusa liest. Doch dünkt ihm das Beste zu seyn, gar nichts zu ändern, weil eine solche abgebrochene Rede bey den Röm. Juristen nichts Ungewöhnliches sey. Der griechische Scholiast hat: καὶ μὴ συγκρίνοντες τὸ πρᾶγμα διὰ τὴν ἐκκεχυμένην περὶ ἀλλήλους εὐχέρειαν. i. e. *nec ad rem satis attendentes propter profusam erga se facilitatem.* Auf den Grund dieses Scholions wollte Salmasius ad ius Atticum et Rom. Cap. XVI. pag. 376. die Lesart folgendermassen emendiren: *spoliarentur*

Quod legaturus mihi, aut hereditatis nomine relicturus es, potes rogatus a me uxori meae relinquere, et non videtur ea esse donatio: quia nihil ex bonis meis deminuitur: in quo maxime *maiores* donanti succurrisse PROCULUS ait, *ne amore alterius alter despoliaretur.*

Der Sinn des ersten Verbietungsgrundes geht also dahin, damit sich die Ehegatten nicht aus gegenseitiger Liebe durch übermäßige Schenkungen einander leichtsinnig um ihr Vermögen bringen möchten [12]. Einen andern Grund enthält die folgende Gesetzstelle aus Paulus [13].

donationibus, non temperantes A *profusa erga se facilitate*; *Jo. Bern.* KOEHLER aber Interpretation. et Emendation. Juris Rom. Lib. I. Cap. 12. §. 6. pag. 111. will *donationibus non temperantes* EX *profusa erga se facilitate* lesen. Allein genauer erwogen schien ihm doch die Emendation: donationibus non temperantes, *et profusae erga se facilitati* vorzüglicher zu seyn. Ich würde, wenn emendirt werden soll, der Lesart: EX *profusa erga se facilitate*, den Vorzug geben. *Jo. Guil.* MARCKART Probabil. receptar. Lection. iuris civ. Lib. II. pag. 10. streitet jedoch für die florentinische Lesart.

11) *L.* 31. §. 7. *D. h. t.*

12) Justinian führt *Nov. LXXIV. Cap.* 4. *in fin. princ.* denselben Grund an. Er sagt daselbst nach der Hombergkischen Uebersetzung: Quam ob rem anteriores etiam legislatores nostri eiusmodi animorum constitutiones adeo cognitas habuerunt, ut et donationes constante matrimonio prohiberent, *ne coniuges magnitudine concupiscentiae victi, latenter se ipsos substantia sua paulatim privarent.*

13) *L.* 2. *D. h. t.*

Nec esset eis studium liberos potius educendi. Ueber die Lesart dieser Stelle sind jedoch die Ausleger nicht einverstanden. Ayrer [14]) wirft das Wörtchen *nec* heraus, und verbindet die Worte des Paulus mit den vorhergehenden Worten des Ulpians auf folgende Art: *Sed profusa erga se facilitate, esset eis studium liberos potius educandi.* Allein daß durch diese gewaltsame Kritic der Sinn entstellt werde, leuchtet in die Augen. Zacharias Richter [15]) vertheidiget zwar die Lesart educendi, weil schon Donat zu Terenz bemerke, Quod nos *educare* dicimus, *educere* Veteres dicebant, und dieses Wort vom Paulus auch noch an einem andern Orte [16]) gebraucht worden sey. Allein die ersten Worte scheinen ihm doch einer Emendation zu bedürfen. Statt nec esset, will er lieber *ne cesset* lesen, weil dann ein besserer und leichterer Sinn gewonnen werde. Eine solche unrichtige Trennung eines Buchstaben habe durch die Nachläßigkeit der Abschreiber leicht geschehen können. Allein auch diese Emendation verdient keinen Beyfall, weil theils die Redensart cessat *mihi* studium ganz ungewöhnlich ist, theils auch nach den Scholien der Basiliken [17]) verworfen werden muß. Denn da heißt es eben so: *καὶ μηκέτι που σπουδάσωσι παιδοποιεῖν.* i.e. *nec* amplius *esse eis studium liberorum quaerendorum.* Auffallend aber scheint überhaupt dieser Grund des Verbots zu seyn, damit durch Schenkungen unter Ehegatten nicht die Erziehung der Kinder verhindert werde. Sollte nicht vielmehr durch die

14) Diss. de donat. inter Vir. et Ux. Sect. I. §. 2. Not. e.

15) Diss. de Orat. Antonini. §. V. pag. 13.

16) *L.* 28. §. 1. *D. h. t.*

17) Tom. IV. pag. 743.

gegenseitige Liebe, welche die Schenkungen veranlaßt, der Eifer für Kinder-Erzeugung und Erzeihung noch vermehrt werden? Wie kann Paulus das Gegentheil behaupten? Und doch hat Paulus nicht Unrecht. Denn schlechtdenkende und habsüchtige Männer mißbrauchten oft die Liebe ihrer Weiber, und suchten durch verstellte Gegenliebe und Schmeichelenen sie zu unmäßigen Geschenken zu verleiten, und verstießen sie dann, wenn sie auf diese Art ihr Vermögen an sich gebracht hatten. Die auf solche Art um ihr Vermögen gebrachte Frau bekam nun nicht leicht eine Gelegenheit wieder, sich anderweit zu verheyrathen, weil sie dem zweyten Mann kein Heyrathsgut zubringen konnte[18]. Man könnte aber auch diesen Grund so verstehen, daß der durch Schenkungen reich gewordene Ehegatte sich leicht der Schwelgerey ergeben, und darüber die Erziehung der Kinder vernachläßigen könnte[19]. Paulus führt noch einen Verbietungsgrund an, den Sextus Cäcilius hinzufügte. Er sagt: *Sextus Caecilius*[20])

18) S. Richter Diss. cit. §. 5. pag. 13.

19) S. Tepell Diss. ad L. 66. π. de donat. int. V. et U. §. 2.

20) Die Lesart bey Baudoza, Senneton, und anderen, Sextus *Aelius* ist eben so falsch, als die bey Baptista de Tortis *Sextus Coelius*. Der griechische Scholiast T. IV. *Basilic.* pag. 743. nennt ihn Σέξτος Κεκίλιος. Es ist eben der *Sextus Caecilius*, deßen Gellius *Noct. Atticar.* Lib. XX. Cap. I. bey Gelegenheit eines Streits mit dem Favorinus über die XII. Tafel-Gesetze gedenkt, und dem er das Lob beylegt: *eum in disciplina iuris, atque in legibus Populi Romani noscendis interpretandisque, scientia, usu, auctoritateque illustri fuisse. Aegid.* Menagius Amoenitat. iuris civ. Cap. XXIII. will jedoch bezweifeln, daß es der *Sextus Cae-*

et illam causam adjiciebat: *quia saepe futurum esset, ut disceterentur*[21]) *matrimonia, si non donaret is, qui posset; atque ea ratione eventurum, ut venalicia*[22]) *essent matrimonia.* Wären Schenkungen unter Ehegatten erlaubt, will Cäcilius sagen, so würde dieses häufige Gelegenheit zu Ehescheidungen geben, wenn der vermögende den unvermögenden nichts schenkte, und so würde die eheliche Liebe erkauft werden müßen. Mit Unrecht wird dem Cäcilius der Vorwurf gemacht, daß er einen Grund angegeben habe, welcher den moribus, woraus das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten herstammt, durchaus nicht angehöre[23]). Man sagt, nach den übereinstimmenden Nachrichten der Alten[24]) seyen 500 Jahre lang in Rom und Italien gar keine Ehe-

cilius *Africanus* sey. Allein man sehe Cujacius Observat. Lib. VII. c. 2. und Reinold Diss. ad L. 23. D. de Regul. iuris. (in *Opusc.* pag. 312. sqq.) Er lebte unter Hadrian und Antoninus Pius.

21) *Discutere* ist hier soviel, als dissolvere, distrahere, in welcher Bedeutung es auch *L.* 2. *D. de divort.* gebraucht wird. Darum ist aber nicht nöthig, die Lesart zu ändern, und mit Haloander distraherentur matrimonia zu lesen. S. Hoffmann Meletem. et Observation. var. ad Pand. Diss. XXII. §. 1.

22) Die meisten alten Ausgaben lesen hier *venalia*, als Haloander, Miräus, Merlinus, Baudoza, u. a. m. Allein die Ausdrücke venale und venalitium werden in den Gesetzen für gleichbedeutend genommen S. Brissonius de Verbor. Signif. hh. vv.

23) S. Mencken Diss. de donation. int. V. et U. §. XVI.

24) Dionys. Halicarn. Lib. II. pag. 96. (edit. *Sylb.*) Valerius Maxim. Lib. II. Cap. 1. nr. 4. Gellius *Noct. Atticar.* Lib. IV. Cap. 3. und XVII. 21.

scheidungen erhört gewesen. Von allen werde Spurius Carvilius Ruga als der erste Römer genannt, der sich ums Jahr 520. von seiner Frau getrennt habe, weil sie unfruchtbar gewesen, und das Volk habe die Handlung des Carvilius sehr mißbilliget. Nun seyen zwar nachher Ehescheidungen häufiger geworden, allein Kaiser Augustus habe der Willkühr derselben durch die Lex Julia de maritandis ordinibus ein Ziel gesetzt, und Strafen gegen den bestimmt, durch deßen Schuld die Ehescheidung verursacht worden ist [25]). Wer diesen entgehen wollte, mußte also eine rechtmäßige Ursache der Scheidung haben [26]). Verweigerung einer Schenkung habe aber keine rechtmäßige Ursache seyn können, weil Schenkungen unter Ehegatten verboten waren. Allein diese Gründe sind unbedeutend. Denn Erstens scheint jene Carvilianische Ehescheidung keinesweges die erste gewesen zu seyn, weil die Geschichte schon Beyspiele früherer Ehescheidungen darbietet [27]). Es ist auch, da schon in den Gesetzen der Könige, so wie in den XII Tafeln Bestimmungen über Ehescheidungen enthalten waren, die namentlich dem Manne die Trennung erlaubten [28]), ganz undenkbar, daß bis in das sechste Jahrhundert kein Beyspiel ehelicher Trennung vorgekommen seyn

25) Suetonius *in Aug.* Cap. 34. fin. Ulpian. Fragm. Tit. VI. §. 10.

26) *L.* 60. §. 1. *L.* 61. *D. h. t.*

27) S. Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. S. 79.—87. und Neustetel und Zimmern römischrechtliche Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung 1. B. Nr. XIV. S. 332—335.

28) Plutarch *Romul.* c. 22 et 42. Dionys. Halic. Lib. II. pag. 95. Cicero *Orat. Philipp.* II. 28. et *de Oratore* Lib. I. cap. 40. *L.* 43. *D. ad Leg. Jul. de adulter.*

sollte. Und Zweytens, wie häufig die Ehescheidungen in der Zeitperiode gewesen sind, in welcher Sextus Cäcilius lebte, beweisen die Zeugnisse der Schriftsteller dieser Zeit [29]. Insonderheit bey der nichtstrengen Ehe ohne in manum conventio, welche damahls bey weiten die häufigste war, konnte sich jeder Ehegatte wegen jeder Ursache trennen, z. B. wegen Kräncklichkeit, hohen Alters, ja selbst des ungegründetsten Verdachts wegen, und noch aus weit geringeren Ursachen [30]. Gerade dieser letztere Grund schien auch dem Kaiser Antoninus Caracalla der wichtigste zu seyn, daher er ihn im Eingange seiner Rede an den Senat, wo er zuerst des ältern Rechts gedenkt, auch vorzüglich anführt. Diesen Theil der Rede hat uns Ulpian *libro XXXII. ad Sabinum* [31]) aufbehalten. Er sagt daselbst: Haec ratio et Oratione Imperatoris nostri *Antonini Augusti* electa est; nam ita ait: *Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam coniunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur: neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.* Zwar hat man dagegen eingewendet, Ulpian könne den Grund, wodurch Sextus Cäcilius das Verbot der Schenkungen

29) Man sehe nur einmal die kaiserlichen Ehescheidungsfälle, so wie sie uns Wächter im angef. Buche S. 136. ff. aus Suetonius und Dio Cassius zusammen gestellt hat. Und was sagt nicht Juvenal von der Verworfenheit seines Zeitalters *Satyra VI.* besonders v. 228. et 229.

Sic crescit numerus, sic fiunt octo mariti,
Quinque per autumnos; titulo res digna sepulcri.

30) *L.* 60. §. 1. *L.* 61. *D. h. t.* S. Wächter S. 157. ff.

31) *L.* 3. *D. h. t.*

unter Ehegatten unterstützte, darum nicht gemeint haben, weil diesen Grund nicht Ulpian, sondern Paulus angeführt hat, aus deßen *Lib. VII. ad Sabinum* die unmittelbar vorhergehende *L. 2. D. h. t.* genommen ist. Die *L. 3.* beziehe sich vielmehr auf die *L. 1. h. t.* welche beyde aus Ulpians *libro XXXII. ad Sabinum* entlehnt sind [32]). Allein da doch der in der Oration des Antoninus angeführte Grund mit dem des Sextus Cäcilius genau übereinstimmt, indem in den Worten: *ne concordia pretio conciliari videretur* in der That dasselbe enthalten ist, was Cäcilius mit den Worten ausgedruckt hat: *ne venalitia essent matrimonia;* so ist es mir sehr glaublich, daß Ulpian so gut, wie Paulus, diesen Grund angeführt hatte. Weil indeßen Paulus noch einen zweyten Grund anführt, den vermuthlich Ulpian nicht hatte, so haben die Verfasser der Pandecten die Stelle aus Paulus eingeschoben, und den von Ulpian ebenfalls höchst wahrscheinlich angeführten Grund des Sextus Cäcilius aus den excerpirten Fragment des Ulpians darum weggelassen, weil er auch vom Paulus angeführt war. Nun konnten auch die Worte: *Haec ratio et Oratione Imperatoris nostri* ANTONINI electa est, unverändert stehen bleiben. Denn alles blieb im Zusammenhange [33]). Der Sinn des vom Antonin im Eingange seiner Oration angeführten Grundes geht also dahin; die Alten hät-

32) S. MENCKEN Diss. cit. de donation. inter V. et U. §. XVI. in fin. und RICHTER Diss. cit. de Oratione Antonini. §. V. pag. 15.

33) Auch der griechische Scholiast *Basilio.* Tom. IV. pag. 743. sagt: τοῦτον τὸν λογισμὸν καὶ ἡ ὀρατίων Ἀντονίνου τοῦ βασιλέως ἡμῶν ἐδέξατο. i. e. *Hanc rationem probavit et Oratio* ANTONINI *Imperatoris nostri.*

ten Schenkungen unter Ehegatten zur Schonung ihrer Ehre verboten, damit es nicht scheine, als ob die eheliche Eintracht, die nur reine Liebe und Aufrichtigkeit der Gesinnungen zum Grunde haben muß, durch Geschenke erkauft werde, und der bessere Ehegatte, welcher den andern aufrichtig liebt, und daher leicht zu Schenkungen zu bewegen ist [34]), durch eine verstellte Liebe des andern [35]) zu unmäßigen Geschenken verleitet werden möchte, wodurch jener in Armuth geriethe, dieser aber reicher würde. Auf diesen Grund bezieht sich auch, was Papinian *libro I. Definitionum* [36]) sagt: Si liberis sublatis reversa post *iurgium* [37]) per dissimulationem

34) So erklärt der griechische Scholiast in *Basilic.* Tom. IV. pag. 743. den Ausdruck *melior*: *καὶ ἵνα μὴ ὁ ἐν αὐτοῖς βελτίων τουτέστι πλέον ἀγαπῶν τὸν ἕτερον, καὶ ἑτοίμως δωρούμενος εἰς πενίαν ἐκπίπτει*, id est, *neve* MELIOR, *id est, qui alium impensius amaret, et facilius donaret, in paupertatem incideret.*

35) Der griechische Scholiast c. l. *ὁ δὲ χείρων τουτέστιν ὁ ὑποκρινόμενος ἀγαπᾶν, καὶ διὰ τοῦτο λαμβάνων τὰς δωρεὰς, πλουσιώτερος γένηται.* i. e. DETERIOR *autem, id est, qui amare simularet, et ideo donationes consequeretur, ditior fieret.*

36) *L. 27. D. de pactis dotalib.*

37) *Jurgium* heißt hier eine Uneinigkeit unter Ehegatten, die zwar eine zeitige Entfernung, aber keine Ehescheidung zur Folge hatte. Ein solches wurde vermuthet, wenn Kinder aus der Ehe vorhanden waren. Die Frau aber simulirte hier ein Divortium, oder drohete damit, und bewog den Mann, um sie wieder gut zu machen, zu einem Vertrage, wodurch er sich seiner Ansprüche auf das ihm versprochene Heyrathsgut begab. S. POTHIER Pand. Iust. T. II. h. t. nr. IV. Not. c. Man sehe auch, was von diesem iurgium oben S. 234. gesagt worden ist.

mulier, veluti venali concordio[38]), *Ne dotata sit*[39]), conveniat, conventio secundum ordinem rei gestae *moribus* improbanda est.

Das Verbot gieng aber nicht blos die Ehegatten selbst an, wenn sie sich einander beschenkten, sondern auch die

38) Cod. Erl. *concordia.* Eben so Haloander, Chevallon, Miräus, Baudoza, Merlinus, u. a. S. auch Ducker de Latinitate Ictor. Veter. pag. 339.

39) Der griechische Scholiast Cyrillus *Basilic.* Tom. IV. pag. 702. Sch. t. führt zur Erläuterung an: Θὲς γὰρ ὅτι ἐπερωτήθη μὲν ὑπὲρ αὐτῆς ἡ γυνὴ προῖκα διδόναι, γενομένων δὲ ἤδη τῶν γάμων, καὶ παίδων τεχθέντων, ὅυπω ταύτην κατέβαλε. i. e. *Pone enim mulierem pro se dotem promisisse, factis autem iam nuptiis, et natis liberis, eam nondum solvisse.* Man kann aber auch die Worte ne dotata sit, mit *Ant.* Schulting in Not. ad Dig. Tom. IV. pag. 273. so verstehen, daß der Mann das inferirte Heyrathsgut der Frau herausgeben solle. Die *Basilica* verstehen indessen diese Stelle T. IV. pag. 693. von einem pacto de dote non petenda, (μὴ ἀπαιτῆσαι αὐτὴν τὴν προῖκα.) Der Grund ist wohl nicht der, welchen Püttmann Adversariorum iuris univ. Lib. I. cap. 1. pag. 21. aus *L.* 2. *D. de iure dot.* und *L.* 1. *D. Soluto matrim.* entlehnt, quia publice interest, dotes mulieribus conservari; sondern weil ein solcher Vertrag als eine Schenkung angesehen wird, wodurch der eheliche Friede wieder erkauft werden soll, dergleichen nach den Gesetzen verboten ist. Denn die Worte: conventio moribus improbanda, gehen ohne Zweifel auf das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten. S. *Ev.* Otto in Papiniano. Cap. VI. §. 5. Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. IV. Not. f. pag. 38. und *Ant.* Schulting Notae ad Dig. Tom. IV. ad h. L. 27. pag. 273.

Mittelspersonen, durch die sie beschenckt wurden. Ulpian sagt *L.* 3. §. 9. *D. h. t*, Non tantum autem per se maritus et uxor caeteraeque personae dare non possunt. Alle halten diese Worte für verstümmelt, und glauben es seyen hier die Worte zu ergänzen, *sed nec per alios*, oder auch *sed nec per alias interpositas personas*, wie nicht nur viele alte Handschriften[40]) und Ausgaben[41]) lesen, sondern auch die Basiliken[42]) zu bestärken scheinen. Dieser Lesart geben auch Anton Schulting[43]), Pothier[44]), und Joh. Wilh. Hoffmann[45]) Beyfall. Sie sagen die Nothwendigkeit dieser Ergänzung ergebe sich auch aus andern Stellen dieses Titels[46]). Allein der Zusammenhang lehrt, daß die ceterae perso-

40) S. Brenkmann in nota 30. ad h. L. 3. §. 9. h. t. in der Gebauerischen Ausgabe des Corp. iur. civ. T. I. pag. 413. Die meisten Manuscripte lesen jedoch, wie Haloander, *sed nec per alios*.

41) Z. B. Chevallon, Merlinus, Baudoza.

42) Tom. IV. Lib. XXX. Const. 3. §. 5. pag. 734. τὰ κεκωλυμένα πρόσωπα ὄντε διά παρενθέτου δυνάνται δωρεῖσθαι. i. e. *Personae, quibus donatione interdictum est, nec per interpositam personam donare possunt.* Da hier der Ausdruck δωρεῖσθει gebraucht wird, so glaubt Brenkmann in der Gebauerischen Ausgabe, es müße statt *dare* vielmehr *donare* gelesen werden, wie auch mehrere Handschriften lesen sollen. Eben so lesen auch mehrere alte Ausgaben, Haloander Chevallon, Miräus, Merlin, Baudoza.

43) Jurisprud. vet. Antejustin. pag. 311. not. 7.

44) Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XVI. pag. 40.

45) Meletem. et Observat. var. ad Pand. Diss. XXII. §. 2.

46) *L.* 5. §. 2. *L.* 11. §. 6. *et* 7. *D. h. t.*

nae keine andern sind, als von denen vorher die Rede war. Vergleichen wir nun mit dieser Stelle die *L.* 32. §. 16. *D. h. t.* so ist höchst wahrscheinlich, daß Ulpian statt ceteraeque sagen wollte: SED ET ceterae personae, nämlich von denen er vorher gehandelt hatte, wie auch Gerh. Noodt [47]), und Joh. Cannegieter [48]) dafür halten. Wer sind also diese ceterae personae? Es werden darunter, wie aus den vorhergehenden §. §. 2—8. erhellet, diejenigen verstanden, welche wegen der Potestas, in der sie sich mit einem der Ehegatten befinden, mit dem Schenkenden oder Beschenkten rechtlich für eine Person gehalten werden. Von Seiten des Mannes gehört dahin desselben Vater, in dessen Gewalt er noch ist. Nur in so fern kann der Schwiegervater der Schwiegertochter keine Schenkung machen. Prohibetur igitur et *uxori* et *nurui* donare etiam is, sagt Ulpian §. 5. der *L.* 3. *h. t.* qui est in soceri potestate, si modo maritus sit in patris potestate. Ferner des Mannes Bruder, wenn beyde noch in derselben väterlichen Gewalt sind. Daß des Mannes Bruder seines Bruders Frau in diesem Falle keine Schenkung machen könne, sagt ebenfalls Ulpian in der angeführten Stelle §. 2. Qui in eiusdem potestate sunt, prohibentur sibi [49]) donare: utputa *frater mariti,*

47) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Prohibet igitur oratio.* Oper. T. II. pag. 511.

48) Comm. ad Ulpiani Fragm. Tit. VII. §. 1. pag. 44.

49) Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. VIII. not. b. pag. 39. will mit Budäus für sibi vielmehr *ipsi* sc. uxori lesen. Man sehe jedoch Gentilis de donation. inter vir. et Ux. Lib. I. cap. 10. pag. 23.

qui est in soceri potestate. Eben so wenig kann der Mann dem Bruder der Frau ein Geschenk machen, wenn die beyden letztern noch in derselben väterlichen Gewalt sind. Von Seiten der **Frau** ist zu bemerken, daß sie weder dem Vater ihres Mannes, wenn letzter noch unter väterlicher Gewalt ist, noch dem Großvater ihres Mannes, wenn beyde der Mann, und Schwiegervater in desselben väterlichen Gewalt sind, schenken dürfe. Eben so wenig soll der Bruder der Frau, dem Manne, noch die Frau dem Bruder des Mannes schenken dürfen, wenn beyde Mann und Bruder noch **in derselben väterlichen Gewalt** sich befinden. Ist der Mann nicht in derselben väterlichen Gewalt, z. B. er ist in einer andern Familie adoptirt, so steht der Schenkung der Frau an ihren Schwiegervater kein Verbot entgegen. Aus gleichem Grunde kann denn auch die Schwiegertochter der Schwiegermutter, so wie diese jener schenken, weil zwischen diesen kein Hinderniß aus dem Grunde einer Potestas Statt finden kann, wie aus folgenden Worten **Ulpians** erhellet.

§. 6. *L.* 3. *h. t.* Ab uxoris, nurusve parte [50]) prohibitum est donari viro, vel genero. Sed et his, qui sunt in eorum potestate, si fuerit do-

50) Die Lesart patre, welcher *Dionys.* Gothofredus in not. ad h. L. und Pothier Pand. Justin. h. t. Nr. VIII. not. a. Beyfall geben, ist offenbar unrichtig, wie auch Voorda Thes. controversar. Decad. VII. §. 2. gezeigt hat. In den *Basil.* Tom. IV. pag. 734. heißt es: §. 3. Οὔτε ἡ γυνὴ δωρεῖται τῷ ἀνδρὶ, οὔτε ὁ πενθερὸς τῷ γαμβρῷ, οὔτε τοῖς ὑπεξουσίοις αὐτῶν, ἢ τοῖς ἔχουσιν αὐτου ὑπεξουσίους. i. e. *Nec uxor viro donat, nec socer genero, nec eorum potestati subjectis, vel his, qui eos in potestate habent.*

natum, vel in quorum sunt potestate, non valebit donatio: *si modo* [51]) *vir, et socer in eiusdem sunt potestate, vel vir in soceri.* Caeterum si *in alia familia* est maritus, neque ei, qui est in eius potestate, neque ei, in cuius est, donatione interdictum est.

§. 7. Socrui a nuru, vel contra, donari non est prohibitum: quia hic ius potestatis non vertitur [52]).

Eben so erklärt derselbe Ulpian die *ceteras personas* nachher bey der Interpretation der oratio *Antonini Caracallae libro XXXIII. ad Sabinum*, jedoch mit dem Beysatz, daß die Schenkung durch den Tod des Ehemanns nur dann gültig werde, wenn auch desselben Vater, in dessen Gewalt er war, die vom ihm der Schwiegertochter gemachte Schenkung bey seinem Leben nicht widerrufen hat.

L. 32. §. 16. *D. h. t.* Oratio non solum virum et uxorem complectitur, sed etiam CAETEROS, qui propter matrimonium donare prohibentur: utputa

51) Die offenbar unrichtige Lesart des Budäus in Annotat. ad Pand. Si NON, statt modo, ist schon längst von HOTOMANN. Observation. Lib. VIII. cap. 12. und GENTILIS de Donation. inter V. et U. Lib. I. cap. 10. pag. 25. verworfen worden. Man sehe auch *Ant.* SCHULTING Not. ad Dig. ad h. L. Tom. IV. pag. 285. In den *Basilic.* T. IV. pag. 734. heißt es: *εἰ μή ἐστιν ὁ πενθερὸς συνυπεξούσιος τῷ ἀνδρὶ, ἢ μὴ ἔχει αὐτὸν ὑπεξούσιον.* i. e. *Si socer cum viro non est in eiusdem potestate, vel ipsum in potestate non habet.*

52) *Basil. οὐ γὰρ ὕπεστι λόγος ὑπεξουσιότητος.* i. e. *non enim hic potestatis ratio subest.*

donat socer nurui, vel contra; vel socer genero, vel contra; vel consocer consocero, qui copulatos matrimonio in potestate habent: nam, ex mente Orationis, his quoque omnibus permissum est in eundem casum donare: et ita et PAPINIANUS *libro IV. Responsorum* sentit. Sic enim scribit: *Socer nurui, vel genero donavit: postea filius eius, filia, constante matrimonio, vita decessit: quamquam vitium donationis perseveret, tamen, si socer nullam quaestionem donationibus intulit, post mortem eius contra heredes Orationis sententia videtur* intervenire, nam quae ratio donationem *prohibuit, eadem beneficium datum imploravit.* Ut igitur valeat donatio ista, PAPINIANUS exigit, ut et filius eius, qui donavit, ante decesserit, et socer postea, durante voluntate.

Bisher war also nur eigentlich von solchen Personen die Rede, unter denen die Schenkung darum nicht bestehen kann, weil sie mit dem Manne oder der Frau propter ius potestatis, und dem davon abhangenden Acquisitionsrechte, als eine Person anzusehen sind [53]. Allein auch nicht durch Mittelspersonen kann ein Ehegatte dem andern schenken. Dahin gehört, wenn ich demjenigen, der mir ein Geschenk machen wollte, den Auftrag gebe, es meiner Frau zu machen. Ulpian führt dieses Beyspiel aus Julian an. Er sagt nämlich *L.* 3. §. *ult. D. h. t.* Huic sententiae consequens est, quod JULIANUS *libro septimo decimo Digestorum* scripsit, si donaturum mihi iussero uxori meae dare: ait enim JULIANUS, nullius esse momenti [54]: perinde enim

53) S. GENTILIS Tr. cit. Lib. I. Cap. 11.

54) NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Prohibitus.* glaubt, es sey hier eine Versetzung der Worte nöthig. Man müße

habendum, atque si ego acceptam et rem meam factam uxori meae dedissem, Quae sententia vera est. Man sollte denken, der Grund des Verbots falle hier weg, weil hier ein Dritter die Freygebigkeit ausübt, der auch ohne meinen Auftrag die Schenkung auf eine gültige Art der Frau hätte machen können. Dennoch hat Julian Recht. Denn der Dritte, welcher das Geschenk, welches er mir machen wollte, auf meinen Auftrag meiner Frau giebt, vollzieht blos meinen Willens-Entschluß. Was er auf mein Geheiß und in meinem Namen that, ist eben so anzusehen, als ob es von mir selbst geschehen wäre. Ich hätte es aber selbst nicht geben können, wenn ich es nicht erst selbst erworben hätte. Mit Recht sagt daher Julian, es sey eben so anzusehen, als ob ich das Geschenk angenommen, und solches, als mein erworbenes Eigenthum, der Frau selbst gegeben hätte.

nämlich lesen. Si donaturum mihi iussero uxori meae dare, nullius esse momenti, ait enim Julianus, perinde habendum etc. Allein diese Critik ist ganz unnöthig. S. Trützschler Diss. cit. de donatione inter conjuges per alium facta prohibita. §. XIII.

Berichtigungen.

S. 119. Not. 87. ist noch zu ergänzen. *Ge.* D'Arnaud Vitae Scaevolarum (*Traj. ad Rhen.* 1767. 8.) will in der *L.* 66. *D. Sol. matr.* statt nam *is* in Licinia, vielmehr nam *id* in Licinia. lesen. Allein *Henr. Jo.* Arntzenius, der diese Schrift mit seinen Anmerkungen edirt hat, zieht die Lesart vor, welche in der editio veneta de anno MCCCCXCI. apud *Baptistam de Tortis* befindlich ist: nam is in Licinia Grachi uxore statuit, quod res — periissent; ut, quia Grachi culpa ea seditio facta esset, praestari oporteret.

S. 135. Not. 25. ist bey Amaya Observation. hinzuzufügen Lib. II. Cap. 4. nr. 39. pag. 151.

S. 237. und 238. sind die Noten 80 und 81. verwechselt. Die Not. 81. gehört zu 80. S. 237. und die Note 80. zu S. 238.